Die Eigentümerhypothek,

insbesondere im Falle mangelnder dinglicher Einigung der Beteiligten.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Friedrich Baumert

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1913.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. Schott.

Memoriae matris.

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Achilles, Die preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. 5. 1872. 2. Aufl. Berlin 1873.

Ahsbahs, Zur Auslegung der §§ 1163, 1190 BGB. In Jherings Jahrbüchern Bd. 50 S. 373 ff.

Albrecht, Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts. Königsberg 1828.

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. (Gruchots Beiträge.)

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1. Aufl. Berlin 1898, 2. Aufl. Berlin 1903.

Böhlau, Mecklenburgisches Landrecht. Weimar 1871.

Böhm, Das materielle und formelle Reichsgrundbuchrecht. 1898.

Böhm, Abtretung der Hypothek an den Grundstückseigentümer. Im Recht 1905 S. 515 ff.

Brinck, Die Bezahlung der Hypothekenforderung und der Grundschuld sowie die Hypothek und die Grundschuld am eigenen Grundstück in ihrer praktischen Bedeutung. Berlin 1907.

Bruck, Die Eigentümerhypothek. In den Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeßrecht des Deutschen Reiches Bd. 10 Heft 2. Jena 1903.

Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. Leipzig 1901.

Buchka, Die Hypothek des Eigentümers. Wismar 1875.

Buchka, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des gemeinen Rechtes. 3. Aufl. Berlin 1898.

Burchard, Rechte an eigenen Sachen. Diss. Heidelberg 1911.

Colberg, Über die geschichtliche Entwicklung der Eigentümerhypothek und ihre Bedeutung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Erlangen 1905.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Sachenrecht. Jena 1911.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 3. Tübingen 1905.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1. 7. Aufl. Berlin 1902.

Dernburg, Das preußische Hypothekenrecht. Leipzig 1891.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Bd. 3. 2. Aufl. 1901, 4. Aufl. 1908.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. 5. Aufl. Halle 1894.

Dümchen, Schuld und Haftung, insbesondere bei Grundpfandrechten. Die Reallasten. In Jherings Jahrbüchern Bd. 54 S. 355.

Düker, Die analoge Anwendung der Vorschriften der Hypothek auf die Grundschuld des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1906.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. Berlin 1904.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2: Sachenrecht. 8. u. 9. Aufl. Berlin 1905.
Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands. Berlin 1904.
Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1: Sachenrecht. Marburg 1910.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt.
Entscheidungen des Kgl. Obertribunals.
Entscheidungen des Obertribunals. In Striethorsts Archiv für Rechtsfälle.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 1. Lesung 1888, 2. Lesung 1895.
Fischer-Henle, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München 1909.
Fischer, Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Berlin-Leipzig 1887.
Fischer, Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Heft 3: Sachenrecht. Berlin 1896.
Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Berlin 1896.
Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. 1. Berlin 1902 u. 1908.
Fuld, Die Eigentümerhypothek im Konkurse.
Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2. Leipzig 1905.
Goldschmidt, Noch einmal die Eigentümerhypothek. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 20 S. 28 ff.
Güthe, Grundbuchordnung. Bd. 1 u. 2. Berlin 1911.
Güthe, Die künftige Eigentümerhypothek. In der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins 1906 S. 729 ff.
Hachenburg, Beiträge zum Hypotheken- und Grundschuldrecht des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Mannheim 1895.
Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge. Mannheim 1900.
v. d. Hagen, Die Hypothek des Eigentümers. Arnsberg 1836.
Hartmann, Rechte an eigener Sache. In Iherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 67 ff.
Hirsch, Die vorläufige Eigentümerhypothek. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25 S. 220 ff.
Höpken, Das bremische Pfandrecht an liegendem Gut. Bremer Jahrbuch Bd. 7 S. 153 ff.
Horn, Die Eigentümerhypothek. In Leonhards Studien Heft 19. Breslau 1906.
Jaeckel, Das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung. Berlin 1901.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Jahrbuch für endgültige Entscheidungen der Preußischen Appellationsgerichte.
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit.
Jahrbuch des deutschen Rechts. 1910.

Jakubezki, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. München 1892.
Jhering, Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Tatsachen auf Dritte. In Jherings Jahrbüchern. Bd. 9 S. 491 ff.
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Juristische Wochenschrift.
Justizministerialblatt 1839.
Jacoby, Die Eigentümerhypothek des Bürgerlichen Gesetzbuchs und ihre Einwirkung auf den bestehenden Rechtszustand in Bayern. In Seufferts Blättern für Rechtsanwendung 1906 S. 240 ff.
Kindel, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek. In der Festgabe der Juristischen Gesellschaft in Berlin für Richard Koch S. 75 ff. Berlin 1903.
Kretzschmar, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Leipzig 1906.
Krückmann, Die Beschränkung der Dienstbarkeit oder der Hypothek auf einen bestimmten Teil eines Grundstückes. Im Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. 7 S. 663 ff.
Lange, Die Eigentümerhypothek nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Tübingen 1901.
Lenhard, Die Eigentumsaufgabe von Grundstücken, die Eigentümerhypothek, ihr Verhältnis zueinander. Im Archiv für bürgerliches Recht 1910 Bd. 35 S. 369 ff.
Maenner, Das Sachenrecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch und der Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. München 1906.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1900.
Maurenbrecher, Die rhein-preußischen Landrechte. Bonn 1830/31.
v. Meibom, Das mecklenburgische Hypothekenrecht. Leipzig 1871.
Mencke, Entsteht eine Eigentümergrundschuld, wenn eine Hypothek mangels dinglicher Einigung nicht entstanden ist. Diss. Erlangen 1905.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3: Sachenrecht.
Oberneck, Die Pfändung der Eigentümerhypothek. In Gruchots Beiträgen Bd. 50 S. 551 ff.
Oberneck, Kritik von Predaris Grundbuchordnung. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 60 S. 546 ff.
Oberneck, Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis. In Gruchots Beiträgen Bd. 47 S. 306 ff.
Oberneck, Reichsgrundbuchrecht. Bd. 2. Berlin 1909.
Pauli, Wieboldsrenten. Bd. 4 von Paulis Abhandl. aus dem Lübischen Recht.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 3. 3. Aufl. Berlin 1905.
Post, Entwurf eines gemeinen, deutschen und Hansestadt-Bremischen Privatrechts. Bremen 1866.
Predari, Grundbuchordnung. Berlin 1907.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 3. Berlin 1899.

Puntschart, Pfandrecht an eigener Sache nach deutschem Reichsrecht. In der Festschrift für K. v. Armira. Berlin 1908.

Recht, Das. Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgegeben von Soergel. München.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Reichsgerichtskommentar = Das Bürgerliche Gesetzbuch erläutert von Reichsgerichtsräten. 1910.

v. Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen des Allgem. Landrechts für die preußischen Staaten durch Gesetzgebung und Wissenschaft. Bd. 2. Berlin 1886.

Roth, Die hypothekarische Sukzession und die Eigentümerhypothek. Im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 62 S. 97 ff.

Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs nach neuem deutschen Reichsrecht. Leipzig 1899.

Schollmeyer, Die Hypothek des Eigentümers nach dem Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung von Grundstücken. Diss. Halle 1874.

Schröder, Über eigentümliche Formen des Miteigentums im deutschen und französischen Recht. In der Festgabe der Universität Heidelberg. 1896.

v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts. In Fischers Abhandl. II, 1.

Semmelmann, Beiträge zum praktischen Rechte der Eigentümerhypothek. Diss. Erlangen 1906.

Staub, Die Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld in den Gutachten aus dem Anwaltsstande über die 1. Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. S. 407 ff.

v. Staudinger-Kober, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. Bd. 3: Sachenrecht. München 1907 u. 1911.

Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts. Berlin 1897.

Strecker, Die allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über Rechte an Grundstücken. Berlin 1899.

Tschierpe, Erörterungen zur mecklenburgischen revidierten Hypothekenordnung für Landgüter v. 18. 10. 1848. Wismar 1852.

Turnau, Die Grundbuchordnung v. 5. 5. 1872. Teil 1. 2. Aufl. Paderborn 1878.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. Bd. 1. 3. Aufl. Paderborn 1906.

Werner, Die preußischen Grundbuch- und Hypothekengesetze v. 5. 5. 1872 nebst Materialien. Berlin 1872.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1. 8. Aufl. Frankfurt a. M. 1900.

Winter, Die Eigentümerhypothek im heutigen Rechte. Diss. Göttingen 1909.

Wulff, Hamburgische Gesetze und Verordnungen. In der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins. Hamburg 1891.

Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat.

A. Einleitung.

§ 1.

Von ausschlaggebender Bedeutung für den Wert eines Grundpfandrechts ist sein Rang.

Je weiter hinten ein Hypothekengläubiger steht, desto unsicherer ist sein Recht, d. h. desto weniger hat er Aussicht, sich bei einem eventuellen Zwangsverkaufe aus dem Grundstück bezahlt zu machen.

Der Auffassung des modernen Hypothekenverkehrs entspricht es nun, daß ein Hypothekengläubiger regelmäßig nur damit zu rechnen hat, eine Hypothek mit dem Range der zur Zeit der Beleihung freien Stelle zu erhalten und nicht mehr auf ein etwaiges Aufrücken bei Wegfall der Vorhypotheken spekuliert. Dieses Verknüpftsein des Hypothekengläubigers mit seiner Rangstelle zugunsten des Eigentümers erreicht das Gesetz durch das Institut der Eigentümerhypothek. Sie ist nur ein Glied in der Kette derjenigen Rechtsinstitute, die diktiert sind von dem Bestreben des modernen Rechts, den Schuldner gegenüber dem Gläubiger immer mehr zu schützen.

So klar diese wirtschaftliche Bedeutung der Eigentümerhypothek zutage liegt, so schwierig ist ihre rechtliche Konstruktion.

Wurde doch bei der Kodifizierung der Eigentümerhypothek im preußischen Recht sogar von maßgebender Stelle (Justizminister Leonhardt) die Ansicht laut, daß sie sich jeder juristischen Konstruktion entziehe und allen juristischen Begriffen widerspreche.[1]) Noch Staub[2]) erklärte sie in einem Gutachten zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für einen Nonsens, eine juristische Unmöglichkeit. So ist es kein Wunder, wenn auch im Bürgerlichen Gesetzbuch ihre Natur noch keineswegs geklärt ist.

---

[1]) vgl. preuß. Gesetzentw. über Grundeigentum nebst Mot., herausgegeben vom Kgl. Justizministerium 1869, S. 163 ff.

[2]) Staub, Gutachten aus dem Anwaltstande S. 408.

Es macht sich gerade im Hypothekenrecht eine bekannte Schwäche unseres Gesetzbuchs besonders bemerkbar.

Trotz aller trefflichen Kleinarbeit sind, wie Horn[3]) sagt, oft gerade die Grundbegriffe nicht so „plastisch herausgearbeitet", wie es wohl nötig gewesen wäre. Es ist das ein Nachteil, der wohl teilweise eng mit dem Wesen unserer modernen, auf Kompromissen der in den Parlamenten ausschlaggebenden Parteien sich aufbauenden Gesetzgebung zusammenhängt.

Von der Kommission für die 2. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs wurde nun ausdrücklich erklärt, man überlasse die rechtliche Konstruktion der Eigentümerhypothek voll und ganz der Wissenschaft und sei nur davon ausgegangen, die Vorschriften zu geben, die man sachlich für geboten halte.[4])

Dieses Verfahren bietet sicher gewisse Vorteile. Indessen wäre es doch wohl besser gewesen, „einzelne brennende Kardinalfragen prägnanter zu beantworten" und damit die Möglichkeit einer authentischen Interpretation zu geben.[5])

In der Literatur sind die widersprechensten Anschauungen über das Wesen und die rechtliche Natur der Eigentümerhypothek vertreten.

Während die einen,[6]) um nur einen Punkt herauszugreifen, in ihr etwas Anormales sehen, wird sie von anderer Seite wieder als der Schlüssel zu unserem ganzen Hypothekenwesen, als der „Urquell aller pfandrechtlichen Belastungen" betrachtet.

Diese Unstimmigkeit über die rechtliche Natur der Eigentümerhypothek ist um so mehr zu bedauern, als ihre klare Erfassung auch für die Praxis durchaus nicht so unwesentlich ist, wie das von einzelnen Autoren[7]) hingestellt wird.

Gerade im Rechte der Eigentümerhypothek gibt es viele Unklarheiten und Lücken im Gesetz, die wohl nur aus dem Wesen und der Natur des Rechtsinstituts heraus aufzuklären bezw. auszufüllen sind.

---

[3]) Horn S. 2.

[4]) Prot. Bd. 3 S. 600.

[5]) vgl. Horn S. 2; Oberneck in Gruchots Beitr. Bd. 50 S. 552/53.

[6]) vgl. z. B. Horn S. 2.

[7]) vgl. z. B. Planck, Bem. zu § 1177; Staudinger I, 4 zu § 1177.

Das macht sich schon bei der Frage nach den Voraussetzungen einer gültigen Eigentümerhypothek bemerkbar. Gemäß § 873 BGB. entsteht eine Belastung des Grundstücks durch Einigung und Eintragung.

Daß die Hypothek eingetragen sein muß, um auf den Eigentümer überzugehen, ist wohl unbestritten, anders das auf den ersten Blick allerdings befremdende Erfordernis der Einigung mit dem eingetragenen Gläubiger.

Wer im Gesetzbuch das Prinzip der festen Stellen verwirklicht sieht und die Eigentümerhypothek demgemäß für Eigentumsbefugnis hält, wird hierbei natürlich zu einem ganz anderen Ergebnis kommen als einer, der die Eigentümerhypothek für ein dingliches Recht hält.

Aufgabe der folgenden Abhandlung soll es sein, über die rechtliche Natur der heutigen Eigentümerhypothek Klarheit zu gewinnen und die Bedeutung einer derartigen Klarstellung für die Praxis in dem Falle der mangelnden dinglichen Einigung zu zeigen.

B. Ausführung.

I. Allgemeiner Teil.

1. Die Eigentümerhypothek in der geschichtlichen Entwicklung.

§ 2.

a) Vorbemerkung.

Die Eigentümerhypothek ist bekanntlich keine Erfindung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bereits frühere Rechte mußten sich gedrängt von wirtschaftlichen Erwägungen mit dem Problem beschäftigen und haben es auf die verschiedenste Weise zu lösen versucht.

Man hat unsere heutige Eigentümerhypothek ein „komponiertes Institut" genannt,[1]) und zwar nicht mit Unrecht, denn höchst verschiedene Einflüsse haben auf sie eingewirkt.

So werden wir, bevor wir auf die moderne Eigentümerhypothek eingehen können, ihren Wurzeln in den verschiedenen Rechtssystemen nachgehen müssen. Ohne Einsicht in diese Rechtsgebiete würden wir vor vielen Erklärungsversuchen hilflos dastehen, ohne ihren Sinn erfassen zu können.

Es wird uns besonders darauf ankommen, festzustellen, daß unsere moderne Eigentümerhypothek nicht das Ergebnis einer organischen Fortentwicklung des älteren deutschen Rechts ist, sondern daß wir es nur mit einer teilweise noch instinktiven, teilweise wohl aber

---

[1]) Roth S. 106.

auch schon bewußten Rückkehr zu den Grundsätzen unserer Vorfahren zu tun haben, die bei der Rezeption des römischen Rechts in Vergessenheit geraten waren, jetzt aber allmählich wieder Geltung zu erringen suchen.

§ 3.

b) Römisches Recht.

Wenden wir uns zuerst dem römischen Recht zu. Wir finden im Gegensatz zu heute keinen Unterschied zwischen dem Pfandrecht bei Mobilien und dem Pfandrecht bei Immobilien. „Das Pfandrecht ist das zur Sicherung einer Forderung dienende Recht an einer fremden körperlichen Sache, welches den Gläubiger zu deren Verkauf behufs seiner Befriedigung ermächtigt."[1]) Es ist also streng „akzessorisch", abhängig von der persönlichen Forderung. Vereinigt sich das Pfandrecht mit dem Eigentum in einer Hand, und erlischt die Forderung, so geht das Pfandrecht unter. Würde das Pfandrecht nicht untergehen, so erhielte der Eigentümer noch ein besonderes Recht, sich aus seiner eigenen Sache zu befriedigen. Das hat an und für sich aber gar keinen Sinn, da dieses Recht bereits in seinem Eigentum enthalten ist.[2]) Ein „Recht an der eigenen Sache" erscheint somit im römischen Recht an und für sich unmöglich. Diese Grundsätze finden wir klar in den Quellen ausgesprochen. So heißt es z. B. in l. 26 D. VIII, 2: ... nulli res sua servit ... sowie in l. 45 D. 50, 17: ... neque pignus neque precarium ... rei suae consistere potest.

Führt man jedoch diese Grundsätze streng durch, so ergeben sich Unbilligkeiten. Besonders tritt das hervor, wenn eine Sache mehrfach verpfändet ist. Jedem Pfandgläubiger ist zwar die ganze Sache verhaftet, denn „pignoris causa est indivisa",[3]) sein Recht ist jedoch durch die ihm vorangehenden Pfandrechte beschränkt.

---

[1]) Dernburg, Pand. § 261 S. 641.
[2]) Windscheid, Pand. § 248 S. 1249/50.
[3]) vgl. l. 65 D. 21, 2, l. 8 § 2 D. 13, 7.

Erwirbt nun z. B. ein vorstehender Pfandgläubiger das Eigentum an einer mehrfach verpfändeten Sache, so würde er, falls das Pfandrecht ohne weiteres unterginge, auf einmal viel schlechter gestellt sein als vorher. Als Pfandgläubiger konnte er der „actio hypothecaria“ eines nachstehenden Pfandgläubigers mit der exceptio „si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata“ entgegentreten. Ebenso konnte er, wenn er mit der actio hypothecaria gegen einen nachstehenden Pfandgläubiger vorging, dessen exceptio „si non convenit, sibi res sit obligata“ mit der replicatio „si non mihi ante ... sit res obligata“ schlagen.[4])

Als Eigentümer ist er dagegen allen diesen Klagen ausgesetzt, ohne sich dagegen wehren zu können. Sein Eigentum kommt erst hinter allen Pfandrechten.

Dieses unbillige Ergebnis suchte man auch schon im römischen Recht zu verhindern. Wir finden daher einzelne Stellen, die eine Modifikation des Grundsatzes vom Untergehen des Pfandrechtes in der Hand des Eigentümers enthalten.

Es betrifft das jedoch nur die Fälle,[5]) daß ein vorhergehender Pfandgläubiger das Eigentum der verpfändeten Sache erwirbt,[6]) daß der Eigentümer ein vorhergehendes Pfandrecht erwirbt,[7]) und daß ein Dritter gleichzeitig das Eigentum und ein vorhergehendes Pfandrecht erwirbt.[8])

Das gemeine Recht ist im wesentlichen auf diesem Standpunkt stehen geblieben.

Ob in diesen Fällen ein wirkliches „Pfandrecht an der eigenen Sache“ zu erblicken ist, ist in der gemeinrechtlichen Literatur sehr umstritten. Windscheid[9]) bejaht diese Frage. Allerdings bemerkt auch er, daß dieses Pfandrecht nicht die Befriedigung gewährt, sich einen bestimmten Teil des Vermögenswertes der Pfand-

---

[4]) vgl. l. 12 pr. D. 20, 4.

[5]) vgl. dazu Windscheid, Pand. § 248 Anm. 26; Semmelmann S. 2—4; Bruck S. 7ff. Anm. 2—4.

[6]) vgl. l. 30 § 1 D. 44, 2.

[7]) l. 19 D. 20, 4.

[8]) l. 17 D. 20, 4.

[9]) Windscheid, Pand. § 248 S. 1249/50.

sache anzueignen, sondern nur die Befugnis, andere an der Aneignung des Vermögenswertes zu verhindern. Durch diese Konstruktion sieht sich Windscheid infolge der streng akzessorischen Natur des römischen Pfandrechts genötigt, auch die Forderung aufrechtzuerhalten. Das Verhältnis zwischen Pfand und Forderung wird umgekehrt. Das Pfandrecht bildet jetzt die Grundlage für die Forderung und zieht diese nach sich.[10])

Dernburg dagegen sieht in den erwähnten Quellenstellen nur „eine Ausstattung des Eigentümers mit einem Schutze gegenüber den Nachhypothekarien“.[11]) Das alte Pfandrecht ist nach ihm erloschen, da die persönliche Forderung durch Konfusion untergegangen ist.

Es dürfte jedoch nicht geboten sein, hier auf diesen Streit näher einzugehen. Das römische Recht hat diese Keime eines Eigentümerpfandrechtes nicht weiter entwickelt. Eine Art Eigentümerhypothek trat in gewissen Ausnahmefällen ein. Im übrigen rückten die nachfolgenden Gläubiger vor. Es zeigen sich gewisse Anklänge an die moderne Eigentümerhypothek, und es liegen dem römischen „Pfandrecht an eigener Sache“ auch teilweise dieselben wirtschaftlichen Beweggründe zugrunde wie der heutigen Eigentümerhypothek. Indessen ist diese nicht speziell aus dem römischen Recht hervorgegangen. Dazu ist das heutige Hypothekenrecht schon zu verschieden von dem römischen Pfandrecht. Die Eigentümerhypothek in ihrer heutigen Gestalt hat vielmehr erst im deutschen und vor allem im preußischen Recht ihre Ausbildung gefunden. So wie wir sie heute haben, wurde sie überhaupt erst möglich durch das Vorhandensein öffentlicher Bücher, in welche die Verpfändungen eingetragen wurden.

---

[10]) Windscheid, Pand. § 225 Ziff. 2.

[11]) Dernburg, Pand. S. 700 § 242 Ziff. 3.

§ 4.

c) Deutsches Recht.

α) Allgemeines.

Von ganz anderen Grundsätzen als das römische Recht ist das deutsche Recht beherrscht. Infolge der größeren Bedeutung, die Grund und Boden inzwischen gewonnen haben, unterscheidet es schon früh auch im Pfandrecht zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Während das römische Recht in der Hauptsache nur Personalkredit kennt, bringt das deutsche Recht den Realkredit im weitesten Umfange zur Geltung. „Man leiht Kapital aus, um eventuell aus dem Grundstück seine Befriedigung zu holen.“[1]) Diese Realkreditgeschäfte bilden größtenteils dauernde Kapitalsanlagen. Frühzeitig machen sich die Grundsätze der Publizität und der Spezialität bemerkbar. Bei Mobilien kennt man nur das Faustpfand. Bei Immobilien muß man die ältere und die neuere Satzung unterscheiden. Bei der älteren Satzung erhielt der Pfandgläubiger „den Besitz und vollständigen Genuß der Sache“.[2]) Bei der neueren Satzung wurde ihm das Grundstück nicht mehr übertragen. Er erhielt das Grnndstück nur als Exekutionsobjekt angewiesen, um aus ihm, wenn der Schuldner seine Verpflichtungen nicht erfüllte, Bezahlung oder Schadensersatz zu erhalten.[3]) Die Verpfändung erfolgte durch Eintragung in öffentliche Bücher.[4]) Dadurch wurde überhaupt erst eine mehrfache Verpfändung desselben Grundstücks ermöglicht.

Diese Art der Verpfändung durch Eintragung in öffentliche Bücher hat besonders in den Stadtrechten seine Ausbildung gefunden. Ihnen werden wir uns somit zunächst zuwenden müssen.

Wie bereits bemerkt, hat sich aber unser heutiges Hypothekenrecht aus dem preußischen Recht entwickelt. Dieses wurde gerade auf unserem Gebiet vom mecklenburgischen Recht beeinflußt, in

---

[1]) Dernburg, HypR. S. 2.

[2]) Albrecht, Die Gewere S. 143.

[3]) vgl. Stobbe S. 120/21.

[4]) Brunner S. 204ff.; Albrecht S. 130ff. u. 142ff.

welchem wir wieder viele Gedanken besonders der nördlichen Stadtrechte, vor allem des lübischen Rechts, wiederfinden.

Anlaß zu der Entwicklung der Eigentümerhypothek im deutschen Recht hat wohl das Institut des Rentenkaufs gegeben. Ausgehend von der Rente hat sich im deutschen Recht die selbständige Hypothek entwickelt, die wir in unserer heutigen Grundschuld und dementsprechend auch in der Eigentümerhypothek wiederfinden.

Gerade bei den alten Renten hat sich der Gedanke der „Haftung des Grundstücks nach Wertteilen" ausgebildet, in dem der Ursprung der Eigentümerhypothek im deutschen Recht zu sehen ist und der auch bei der Behandlung unserer heutigen Eigentümerhypothek immer wieder auftaucht.

Bei einem derartigen Rentenkauf zahlt jemand eine gewisse Summe und erhält dafür das Recht, jährlich aus einem Grundstück eine bestimmte Rente zu beziehen, die dessen jeweiliger Besitzer zu zahlen hat.[5]) Die Rente lastete in ältester Zeit nur auf dem Grundstück. Durch Verringerung des Grundstückswertes wurde also auch der Rentenkäufer geschädigt.[6]) Der Wert des Grundstücks für den Renteninhaber wird aber auch schon durch eine mehrmalige Verpfändung verringert. Aus diesem Grunde ließ man wohl auch in ältester Zeit für ein Grundstück immer nur eine Rente zu. Der Rentenberechtigte muß sich des Grundstücks „unterwinden" können.[7]) Das kann er aber nur in vollem Umfange, wenn er der Alleinberechtigte ist.

§ 5.

β) Lübeck, Hamburg und Bremen.

Im älteren lübischen Recht wird durch Art. 236 des Stadtrechts von 1294 verboten, aus einem freien Erbe mehr als eine Rente zu verkaufen, während aus einem bereits verpfändeten Erbe überhaupt keine Rente verkauft werden soll.[1]) Allmählich wurde es jedoch üblich, die Grundstücke immer für den „Mehrwert", d. h.

---

[5]) Brunner, Grundzüge S. 203.

[6]) vgl. dazu Jül.-Berg. Landrecht c. 107 (Maurenbrecher Bd. 1 S. 299); Stobbe-Lehmann S. 100; Bruck S. 3.

[7]) Stobbe-Lehmann Bd. 2, 2 § 142 S. 89ff.; Bruck S. 4.

[1]) Bruck S. 15/16.

den Wert, den die bereits auf dem Grundstück lastende Rente noch nicht ergriff, zu verpfänden. So finden wir z. B. schon im Oberstadtbuch von 1313 eine dahin deutende Stelle [2]):

... Impignovarit eisdem omne illud, quo domus sua ... meliores sunt, quam antiquam wortins et novum wicbelde, quod habet in iisdem domibus.

Die Realkreditgeschäfte des deutschen Rechts, die den Zweck hatten, dauernde Kapitalsanlagen zu schaffen, brachten es mit sich, daß die späteren Gläubiger nicht mehr auf das Wegfallen der Vorhypotheken rechneten, sondern die Hypothek mit Rücksicht auf den Betrag, der noch nicht von den voreingetragenen Hypotheken ergriffen war, die melioratio, gaben.

Bei Nichtzahlung wurde jeder Gläubiger in das Grundstück in Höhe seiner Rente eingewiesen.[3])

Hierin finden wir zuerst den Gedanken der Teilung des Grundstücks in Werteile verwirklicht.

Vereinigte sich das Recht auf die Rente und das Eigentum an dem belasteten Grundstück in einer Person etwa in der Art, daß jemand, der die Rente als „Kaufschatz" hatte, das Grundstück als „Erbgut" erhielt, so bestand die Rente an eigener Sache weiter. Für die Möglichkeit des Fortbestehens einer Rente an eigener Sache finden wir unter anderem einen Beleg in dem Oberstadtbuch von 1359,[4]) wo es heißt: notum sit quod Johannes Pinguel habet in sua propria domo ... XII. mr. den. wicbeldes anuatim.[5]) Diese Rente an eigener Sache konnte der Eigentümer wieder an einen Dritten weitergeben und auch verpfänden.

Nach der Revision des Stadtrechts im Jahre 1586 verfiel jedoch das Rentenwesen. Der Gedanke der **Haftung des Grundstücks nach Wertteilen** ging vollständig verloren, und die Verordnungen von 1868 und 1872 stehen unter dem Einfluß des inzwischen zur Entwicklung gelangten preußischen Hypothekenrechts.

---

[2]) vgl. **Pauli**, Wieboldsrenten, Urkundenb. A Nr. 7.

[3]) vgl. Oberstadtbuch von 1364: **Pauli**, Urkundenb. A Nr. 299.

[4]) vgl. **Pauli**, Urkundenb. A Nr. 289.

[5]) vgl. auch Das Testament des Heinrich Pape von 1372; **Schröder**, Miteigentum S. 175; **Bruck** S. 19/20.

Die Hypothek des älteren hamburgischen Rechts wird frühzeitig gekennzeichnet durch das Zurücktreten der persönlichen Forderung und dementsprechend die reine Haftung des Grundstücks. Ähnlich wie im lübischen Recht war eine mehrmalige Verpfändung zwar zugelassen, aber immer nur für den noch gebliebenen Wertteil, — die Übermasse und soviel das Erbe besser ist denn vorige Schuld.[6])

Das alles führte bald dazu, den Eigentümer über materiell erloschene Hypotheken verfügen zu lassen. Auch durfte der Eigentümer ausgezahlte Hypotheken oder Renten auf seinen eigenen Namen umschreiben lassen. In der Revision von 1868 wurden nur die bisher in der Praxis entstandenen Grundsätze kodifiziert. So bestimmt § 35 des Gesetzes v. 4. 12. 1868 über Grundeigentum und Hypothekenwesen [7]):

Der Grundeigentümer erlangt die Befugnis sogar vor oder bei Belastung des Grundstücks mit Hypothekenposten, sich die Priorität für eine von ihm bestimmte Summe durch Eintragung derselben auf seinen eigenen Namen vorzubehalten.

Ebenso kann er eine Post, über welche er durch Auszahlung oder anderweitig Verfügung erlangt hat, auf seinen Namen umschreiben lassen.

Es werden also die nachstehenden Hypothekare am Aufrücken verhindert. Der Eigentümer kann eine Eigentümerhypotheck auch von vornherein für sich eintragen lassen. Die Hypothek des Hamburgischen Rechts hat den akzessorischen Charakter vollständig abgestreift.

Ähnlich ist die Entwicklung in Bremen vor sich gegangen. Auch das ältere bremische Recht kennt den Rentenkauf. Im Gegensatz zu anderen Rechtsgeschäften scheint beim Rentenkauf die Beurkundung durch sogen. „Handfesten" schon seit dem Jahre 1303 obligatorisch gewesen zu sein.[8]) Die Höhe der Belastung ersah man aus der Handfeste selbst und aus dem 1656 eingeführten

---

[6]) Bruck S. 24.
[7]) Wulff, Hamburgische Gesetze und Verordnungen S. 313.
[8]) Höpken, Brem. Pfandrecht S. 184.

Handfestenbuch. Wir finden ebenfalls eine Haftung des Grundstücks nach Wertteilen. Es gibt eine „Handfeste an eigener Sache" u. a. in der Zeit, in der sich die Handfeste noch bei dem Verkäufer der Rente befindet.[9]) Auch die Belastung mit Hypotheken findet sich vor.

Später war jedoch der wichtigste Unterschied zwischen Hypothek und Handfeste nur noch der, daß die Hypothekenurkunde auf den Namen lautete, während die Handfeste als Inhaberpapier angesehen wurde, welches durch Rückgabe an den Pfandschuldner seine Kraft nicht verlor.[10])

Durch die Erb- und Handfestenordnung von 1833 wurde das Hypotheken- und Handfestenrecht verschmolzen. Es gab von da an nur noch eine Verpfändung durch Handfesten. Durch die Handfesten wird das Grundstück in Wertparzellen zerlegt, jede Handfeste „repräsentiert" einen bestimmten Wertteil des Grundstücks.[11]) Ein Aufrücken der nachfolgenden Hypothekengläubiger ist nicht möglich, da ja jedem nur der durch seine Handfeste repräsentierte Wertteil verfallen ist. Der Grundstückseigentümer kann also die etwa freigewordene Pfandwertstelle neu besetzen. Eine eingelöste Handfeste kann der Eigentümer auch für sich behalten. Er erhält in diesem Falle bei dem Zwangsverkaufe den entsprechenden Anteil am Erlöse.[12])

Das Prinzip der Wertteilung, das in allen drei Stadtrechten wiederkehrt, führt uns zu dem jetzt zu behandelnden mecklenburgischen Recht hinüber, das wegen seines Einflusses auf die Entwickelung des preußischen Rechts besonders beachtenswert erscheint.

§ 6.

γ) Mecklenburgisches Recht.

Ohne Zweifel gestützt und gefördert durch die Macht der Hansa hat das lübische Recht einen großen Einfluß auf die Entwicklung des mecklenburgischen Rechts ausgeübt.

---

[9]) Höpken S. 203.

[10]) Post, PrivR. Bd. 3 S. 110.

[11]) Höpken S. 227; Bruck S. 34.

[12]) Bruck S. 35.

Unter den mecklenburgischen Rechtsfamilien wurde die des lübischen Rechts bald eine der bedeutendsten.[1])

Wir finden daher im mecklenburgischen Recht ebenfalls das Prinzip der Wertteilung vor.

Vgl. dazu: Aus den ältesten Rostocker Stadtbüchern von 1260 bis 1262: ... impignoraverunt Thiderico dimidiam domum pro IX mr. ... Von 1279—1281: ... impignoravit quidquid hereditas sua plus valet quam XXXIX mr; pro quibus est Arnoldo Quast impignorata.[2])

Ausgehend von diesem Prinzip der Wertteilung gelangte man zum sogen. „Locusprinzip".

„Die räumliche Aufeinanderfolge der Einträge im Hypothekenbuch" ist für den Rang einer Hypothek entscheidend.[3]) Auf diesem Wege entwickelte sich das Prinzip der festen Prioritäten, durch welches das mecklenburgische Recht gekennzeichnet wird. Es galt als Grundsatz, „daß durch das Erlöschen der Hypothek eines vorgehenden Gläubigers die nachstehenden Hypothekengläubiger kein Recht erlangen, aus dem Teile des Werts, welcher der erloschenen Hypothek zugewiesen war, befriedigt zu werden". Macht allerdings der Grundeigentümer von seinem Recht, an der Stelle der erledigten Hypothek eine andere von gleichem oder geringerem Betrage eintragen zu lassen, keinen Gebrauch, „so erwächst dem nachstehenden Hypothekengläubiger insofern ein Vorteil, als dann bei dem etwa stattfindenden Zwangsverkauf die Hypothek, die ihm vorging, nicht mehr vorhanden und somit der ihr entsprechende Wertteil nicht mehr vorher abzuziehen ist".[4])

In den älteren Hypothekenordnungen erlangte der Eigentümer die Befugnis, an Stelle der erloschenen Hypothek eine andere eintragen zu lassen, erst durch einen beim Antrage auf Tilgung gemachten Vorbehalt. Wollte er aber eine neue Hypothek nicht sogleich eintragen lassen, so mußte er die Offenhaltung der Stelle beantragen. Es wurde ein dementsprechender Vermerk

---

[1]) Böhlau Bd. 1 S. 65 ff.

[2]) Pauli, Urkundenb. D Nr. 13 u. 33.

[3]) Meibom S. 259 ff.

[4]) Meibom S. 265.

eingetragen und dem Eigentümer auf Verlangen ein Attest darüber erteilt.[5])

Später fiel das alles weg. Der Eigentümer konnte nach seinem Willen über die offene Stelle kraft Gesetzes verfügen. Die Verfügung des Eigentümers über die offene Stelle stellte sich jedoch immer als die Begründung einer neuen Hypothek dar.

Was die Selbständigkeit der Hypothek betrifft, so zeigen sich davon schon Anklänge in der Hypothekenordnung von 1819.[6]) Voll ausgeprägt finden wir sie jedoch erst in der ritterschaftlichen Hypothekenordnung von 1848 und der Stadtbuchordnung von 1857. Weder für das Entstehen der Hypothek ist eine Forderung wesentlich, noch geht die Hypothek etwa mit der Forderung unter.

So bestimmt § 16 der ritterschaftlichen Hypothekenordnung für Landgüter v. 18. 10. 1848 [7]):

1. Durch die Eintragung einer Hypothek im Hypothekenbuch entstehen nicht bloße Sicherheitsrechte für eine persönliche Verhaftung des die Eintragung Beantragenden, vielmehr selbständige dingliche Belastungen des Grundstücks.
2. Der Antrag auf Eintragung ist durch eine solche persönliche Verhaftung nicht notwendig bedingt, vielmehr bleibt dieserwegen alles der Vereinbarung der Beteiligten überlassen.
3. Ein späterer Eigentümer des belasteten Grundstücks ist als solcher für seine Person nicht verhaftet.

Hierin ist die Unabhängigkeit der Hypothek von der persönlichen Forderung ausgesprochen. Gleichsam als Konsequenz [8]) dieser Verselbständigung der Hypothek bestimmt § 16 weiter:

> Der zeitige Eigentümer kann für sich selbst und auf seinen eigenen Namen eintragen lassen. Auch dürfen eingetragene Forderungen auf ihn zediert und umgeschrieben werden.

---

[5]) Meibom S. 37ff.; Roth S. 127.

[6]) vgl. dazu Tschierpe S. 91ff.

[7]) vgl. Meibom S. 99; Tschierpe S. 91ff.; Semmelmann S. 6/7; Colberg S. 14.

[8]) Tschierpe S. 103ff.; and. M. Meibom S. 150f.; vgl. auch Buchka S. 1ff.

Die selbständige Hypothek des mecklenburgischen Rechts kann also der Eigentümer von vornherein für sich eintragen lassen. Damit ist der Realkredit zur höchsten Blüte gebracht.

Es galt das Prinzip der festen Stellen. Sobald eine Hypothek wegfiel, erhielt der Eigentümer die freie Stelle, da die nachfolgenden Hypothekengläubiger infolge der Tatsache, daß sie an ihre Rangstelle gebunden waren, nicht aufrücken konnten.

Auch auf das preußische Recht sollten diese Vorgänge, wie wir bald zeigen werden, nicht ohne Einfluß bleiben.

§ 7.

d) Preußisches Recht.

Gehen wir jetzt auf das preußische Recht über, so stehen wir auf einmal wieder auf einem ganz anderen Boden. Die Rezeption des römischen Rechts hat die deutschen Rechtsgedanken beseitigt. Die Grundbegriffe des Pfandrechts des allgem. Landrechts sind römischrechtlich. Man hält streng an der akzessorischen Natur der Hypothek sowie des Pfandrechts überhaupt fest. So definiert § 1 I, 20 ALR. das Pfandrecht als das „dingliche Recht, welches jemandem auf eine fremde Sache zur Sicherung seiner Forderung eingeräumt worden ist, vermöge dessen er seine Befriedigung selbst aus der Substanz dieser Sache verlangen kann“, und § 8 I, 20 ALR. gibt daran anschließend eine Begriffsbestimmung der Hypothek dahin, „daß der Gläubiger das Recht einer Hypothek hat, wenn die Einräumung des dinglichen Rechts durch gerichtliche Eintragung auf Grundstücke geschieht“. Die Ausflüsse der strengen Durchführung des akzessorischen Charakters des Pfandrechts machen sich überall im Gesetzbuch bemerkbar. So bestimmt z. B. § 55 I, 20 ALR., daß das Pfandrecht erlischt, wenn der Anspruch, für welchen die Sicherheit bestellt ist, getilgt oder erloschen ist. Ferner ist noch hinzuweisen auf § 482 I, 16 ALR., wonach auch Rechte auf die Sache erlöschen, wenn der Verpflichtete das Eigentum der berechtigten Sache oder der Berechtigte das Eigentum der verpflichteten Sache aus einem unwiderruflichen Rechtsgrunde erlangt. Eine Ausnahme wurde für die subjektiv-dinglichen Rechte in § 484 I, 16 ALR. gemacht. Sonst erlosch jedes dingliche Recht bei

Vereinigung von Recht und Pflicht in einer Person[1]) (vgl. noch §§ 485 I, 16 und 2 I, 22 ALR.). Das allgem. Landrecht kannte somit noch keine Eigentümerhypothek.

Wir sehen also die Schwierigkeiten, die schon im römischen Recht auftauchten, noch beträchtlich vergrößert schon durch die große Bedeutung, die gerade das Grundstückspfandrecht im deutschen Recht gewonnen hat. Die Hypothek strebte sichtlich dahin, sich nach der Selbständigkeit hin zu entwickeln. Nun lastet aber nach dem allgem. Landrecht die Hypothek auf dem ganzen Grundstück.[2]) Liegen mehrere Hypotheken auf einem Grundstück, so sind die späteren schlechter gestellt, da sie bei einem eventuellen Zwangsverkauf erst nach ihren Vorgängern befriedigt werden. Dafür, daß man so eine weniger sichere Stelle hat, und auch bei den auf die Dauer berechneten modernen Realkreditgeschäften nicht mehr auf ein baldiges Abbezahlen der Vorhypotheken rechnen kann, läßt man sich andere Vorteile, vor allem höhere Zinsen zusichern.[3]) Fällt nun eine vorangehende Hypothek einmal aus irgendeinem Grunde weg, so würden die nachstehenden infolge der Tatsache, daß jedem Hypothekengläubiger das ganze Grundstück verpfändet ist, an und für sich vorrücken. Dadurch erhielten sie einen unberechtigten Vorteil, der Eigentümer aber würde geschädigt. Im folgenden soll nun betrachtet werden, wie das preußische Recht sich weiterhin zu dem Prinzip der Eigentümerhypothek gestellt hat und insbesondere das unbillige Aufrücken der nachfolgenden Hypothekengläubiger zu verhindern suchte.

Den ersten Schritt zur Eigentümerhypothek tat das preußische Recht mit dem Anhangsparagraph 52 zu § 484 I, 16 ALR.[4]) Man war sich nämlich zweifelhaft geworden,[5]) ob § 484 I, 16 auch auf Schuldforderungen, die im Hypothekenbuch eingetragen sind, Anwendung finden solle. Diese Streitfragen legte man der zur Interpretation der Gesetze eingesetzten Gesetzeskommission vor.

---

1) vgl. Fischer S. 142.
2) §§ 443, 467 I, 20 ALR.
3) vgl. Dernburg, HypR. S. 287; Prot. Bd. 3 S. 606.
4) vgl. Dernburg, HypR. S. 286 ff.; Bruck S. 82 ff.
5) v. Rönne, Ergänzungen Bd. 2 S. 257 ff.

Diese erließ auf Grund eingehender Erwägungen[6]) ein Gutachten, das durch Königl. Rezeß v. 11. 8. 1802 bestätigt und als Anhangsparagraph 52 zu § 484 I, 16 ALR. mit folgendem Wortlaut hinzugefügt wurde:

> „Hypothekenrechte werden nicht durch die bloße Vereinigung ihres Eigentums mit dem Eigentume des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben, solange nicht eine von dem Antrage des Besitzers abhängende Löschung erfolgt ist, und kann der Besitzer bis dahin ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht gültig an einen anderen abtreten.“ [7])

Das hierdurch geschaffene Institut der Eigentümerhypothek stand im schärfsten Widerspruch zu den Grundsätzen des allgem. Landrechts und rief ein Heer von Streitfragen hervor. Demnächst entstanden schon Zweifel, ob der Anhangsparagraph auch dann Anwendung finden solle, wenn der Grundstückseigentümer den eingetragenen Gläubiger ausgezahlt und somit befriedigt habe. Auf ein von dem Staatsrat darüber eingeholtes Gutachten[8]) erging die Deklaration v. 3. 4. 1824 dahin:

„daß der Eigentümer eines Grundstücks, welcher eine auf dasselbe hypothekarisch versicherte Geldsumme ausgezahlt, und die Forderung im Hypothekenbuch nicht hat löschen lassen, alle Rechte eines Zessionars dieser Hypothek genießen soll, ohne Unterschied, ob ihm bei der Auszahlung eine förmliche Zession oder nur eine Quittung erteilt worden ist, indem für diesen Fall die Quittung so ausgelegt werden soll, als ob darin eine ausdrückliche Zession enthalten wäre“.[9])

Das preußische Recht hat also einen anderen Weg eingeschlagen als das mecklenburgische. Dort galt, wie wir sahen, das absolute „Locusprinzip“, kraft dessen auch bei Löschung einer vorgehenden Hypothek die nachstehenden nicht vorrücken und die Weiterbegebung der offenen Stelle sich als Neubegründung einer

---

[6]) vgl. dazu besonders Dernburg, HypR. S. 282ff.; Bruck S. 82ff.

[7]) vgl. Turnau, GBO. Anm. 2 zu § 64 EEG.

[8]) vgl. Preuß. Jahrb. (Kamptz) 1837 Bd. 50 S. 168.

[9]) vgl. GS. S. 77ff.

Hypothek darstellt. Hier sehen wir den Eigentümer in die erledigte Gläubigerhypothek einrücken, um das infolge des Grundsatzes der Pfandunteilbarkeit eintretende Aufrücken der nachfolgenden Hypothekengläubiger zu verhindern. Die juristische Form, in der uns die Eigentümerhypothek hier entgegentritt, wird von Dernburg[10]) als „Sukzession" bezeichnet.

Eine Neugestaltung des gesamten preußischen Liegenschaftsrechts war seit Anfang der 60er Jahre im Gange.[11]) Als ihr Ergebnis erging am 5. 5. 1872 das „Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten".[12])

Der Regierungsentwurf zu diesem Gesetz wollte die akzessorische Natur der Hypothek vollständig beseitigen.[13]) Ebenso wie im mecklenburgischen Recht sollte es nur eine Art dinglicher Belastung geben, eine selbständige Hypothek, losgelöst von der persönlichen Obligation, ohne daß jedoch das Nebenhergehen einer persönlichen Schuld ausgeschlossen sein sollte. In der Kommission des Herrenhauses erkannte man zwar die Zulässigkeit dieses neuen Grundsatzes vom theoretisch-juristischen Standpunkte aus an, meinte aber, „der Entwurf gehe zu weit, man solle die bisherige akzessorische Hypothek nicht ganz beiseite lassen". So gelangte man dazu, neben die bisherige akzessorische Hypothek ein der mecklenburgischen selbständigen Hypothek und den alten Renten entsprechendes selbständiges dingliches Recht zu setzen, dem man den Namen „Grundschuld" gab. Eine derartige Grundschuld kann der Eigentümer ebenso wie die Hypothek des mecklenburgischen Rechts auch von vornherein auf seinen Namen eintragen lassen (§ 27 EEG.). Man ging dabei von der Erwägung aus, es sei ein Bedürfnis des Eigentümers je nach seiner Kreditbedürftigkeit, Hypotheken mit besserer Priorität als die bereits eingetragenen zur Verfügung zu haben. Dieser Zweck sei zwar auch schon nach bisherigem Recht dadurch erreicht worden, daß der

---

[10]) Dernburg, HypR. S. 290ff.

[11]) vgl. dazu Turnau, GBO. Einl. S. 12ff.

[12]) GS. S. 433—445.

[13]) vgl. Turnau, GBO. Anm. 1 zu § 18 EEG.; Bruck S. 93ff.; Werner Bd. 1 S. 15ff.

Eigentümer eine Hypothek nur mit dem Vorbehalte der Priorität für ein später von ihm auf eine angegebene bestimmte Summe einzugehendes Hypothekengeschäft bewilligte und der Vorbehalt der Priorität bei der Hypothek vermerkt wurde. Allein dies hinge doch immer von der Genehmigung des Gläubigers ab, dem die Hypothek bewilligt werde.[14]) Wir finden also in den §§ 27 ff. EEG. im wesentlichen schon unsere heutige Eigentümergrundschuld vor.

In den §§ 63—67 EEG. finden wir unsere bisherige Eigentümerhypothek wieder. Nach den Motiven[15]) sollen die §§ 63—67 nur die „Rechte des Eigentümers an der ungelöscht gebliebenen Hypothek, wie sie im preußischen Recht durch den Anhangsparagraph 52 und durch die Deklaration v. 3. 4. 1824 bereits eingeführt sind, systematisch kodifizieren". Als vollständig neu erscheint die Bestimmung in § 63 EEG., daß der befriedigte Gläubiger dem Eigentümer gegenüber auch verpflichtet ist, die Post ihm selbst oder einem anderen abzutreten.[16]) An die Stelle des Anhangsparagraphen 52 sind im wesentlichen §§ 65 u. 66 EEG., an die Stelle der Deklaration die §§ 63 u. 64 EEG. getreten. Obwohl der Wortlaut des neuen Gesetzes im einzelnen über den Wortlaut der früheren Bestimmungen hinausgeht, so ist das im Grunde genommen in der Regel nur der gesetzliche Ausdruck der bisher in der Praxis geübten Auslegung der bisherigen Bestimmungen.

Bei jeder Tilgung ist jetzt der bisherige Gläubiger verpflichtet, entweder Quittung oder Löschungsbewilligung zu erteilen oder die Post abzutreten (§ 63 EEG.). Auf Grund der Löschungsbewilligung oder Quittung ist der eingetragene Eigentümer berechtigt, die Post auf seinen Namen umschreiben zu lassen (§ 64). Dieses ihm im § 64 gegebene Recht hat der Eigentümer nach § 65 auch dann, wenn er die Hypothek von Todes wegen erworben hat. § 66 EEG. bestimmt, daß der Gläubiger, der das verpfändete Grundstück erwirbt, die Hypothek oder Grundschuld auf

---

[14]) Werner Bd. 2 S. 26 ff.; Turnau, GBO. Anm. zu §§ 26, 27 EEG. und § 77 GBO.

[15]) Werner Bd. 2 S. 34 ff.; Turnau, GBO. Anm. 2 zu § 64 EEG.; Bruck S. 94 ff.

[16]) Turnau, GBO. Anm. 2 zu § 63; Dernburg, HypR. S. 292.

seinen Namen bestehen lassen oder über sie verfügen kann. Ferner bestimmte man, ausgehend wohl von der durch die bisherige Praxis festgelegten Anschauung, daß „dasjenige, was durch Tilgung einer Hypothekenforderung erworben wird und weiterveräußert werden kann, die Forderung selbst ist, deren Fortexistenz insofern von dem Gesetz fingiert wird"[17]) in § 67, daß die Vorschriften der §§ 63—66 auf Kautionshypotheken keine Anwendung finden sollen.[18])

Das Eigentumserwerbsgesetz kennt also die Hypothek als akzessorisches und die Grundschuld als selbständiges Recht und demgemäß die originäre Eigentümergrundschuld und zwei derivative Eigentümerrechte, die aus einer Hypothek hervorgehende Eigentümerhypothek und die aus einer Grundschuld entspringende Eigentümergrundschuld. Das Prinzip der festen Stelle ist durch § 30 in Verb. mit § 62 abgelehnt.

Das Gesetz hat es jedoch sorgfältig vermieden, sich über die rechtliche Natur der Eigentümerhypothek auszusprechen. Das überließ man der Wissenschaft. Bei der Beratung des Gesetzes äußerte sich sogar der damalige preußische Justizminister Leonhardt dahin, „daß es eine ganz überflüssige Mühe sei, die Hypothek des Eigentümers juristisch zu konstruieren. Sie entziehe sich jeder Konstruktion und widerspreche allen juristischen Begriffen. Man müsse deshalb von vornherein davon ausgehen, auf jede juristische Konstruktion dieses Instituts zu verzichten".[19])

Nichtsdestoweniger versuchte man auch schon im preußischen Recht der Eigentümerhypothek in der Wissenschaft von den verschiedensten Seiten beizukommen. Darauf hier einzugehen würde zu weit führen. Teilweise wird auch bei Behandlung des modernen Rechts darauf zurückzukommen sein. Berechtigt dürfte es jedoch sein, zu erörtern, wie man sich zu der für die Praxis wohl wichtigsten Frage stellte, ob mit der Hypothek auch die persönliche Forderung in der Hand des Eigentümers fortbestehen solle. Von grundlegender Bedeutung für diese Frage wurde der Plenar-

---

[17]) s. PlBeschl. v. 27. 5. 1839, Entsch. d. OTr. Bd. 5 S. 51 ff.

[18]) vgl. auch Turnau, GBO. Bem. zu § 67.

[19]) Preuß. Gesetzentw. über Grundeigentum nebst Mot., herausgegeben vom Kgl. Justizministerinm 1869 S. 163 ff.

beschluß des Kgl. Obertribunals v. 27. 5. 1839.[20]) In ihm spricht sich das Obertribunal dahin aus, „daß durch den Anhangsparagraph 52 und die Deklaration von 1824 nicht nur das Hypothekenrecht, sondern auch die Obligation erhalten werde, daß die Tilgung der letzteren nicht als Tilgung aufgefaßt werden solle, daß folgeweise eine Konsolidation des Eigentums, eine Befreiung des Grundstücks von dem Pfandrecht nicht eintrete und der Eigentümer die Verfügung über die Forderung mit ihrer Hypothek erhalte".[21])

An diesem Standpunkt hielt das Obertribunal fest.[22]) Auch nach dem Eigentumserwerbsgesetz änderte man seine Meinung nicht.[23]) Man sah in den §§ 63—67 EEG. nur eine Bestätigung der früheren Konstruktion und entschied auch weiterhin, ausgehend von der akzessorischen Natur der Hypothek, daß der Eigentümer mit der Verfügung über die Hypothek auch die Verfügung über die Forderung erhalte. Man dachte sich die persönliche Forderung während der Vereinigung der Hypothek mit dem Eigentum als ruhend. Bei Aufhebung der Vereinigung sollte das persönliche Forderungsrecht wieder vollwirksam hervortreten.[24]) Dieser Auffassung des Obertribunals hat sich auch das Reichsgericht angeschlossen.[25]) Auch in der Literatur hat sie verschiedenfach Anhänger gefunden.[26])

Gegen diese Anschauung macht Dernburg.[27]) m. E. mit vollem Recht geltend, daß „damit der akzessorische Charakter der Hypothek in Wirklichkeit auf den Kopf gestellt sei". Das eigentliche Verhältnis von Hypothek und Forderung ist gerade umgekehrt. Nach dem Obertribunal ist die Hypothek nicht mehr abhängig von der Forde-

---

[20]) Entsch. d. OTr. Bd. 5 S. 51 ff.

[21]) vgl. Turnau, GBO. S. 521 Anm. 2 zu § 64 EEG.

[22]) vgl. dazu Entsch. d. OTr. Bd. 11 S. 303 ff.

[23]) vgl. z. B. Entsch. d. OTr. Bd. 81 S. 30 ff.

[24]) vgl. Entsch. d. OTr. Bd. 14 S. 66, Bd. 37 S. 139 ff., Bd. 77 S. 169 f., Bd. 81 S. 30 ff.; Striethorsts Arch. Bd. 14 S. 142 ff., Bd. 98 S. 41 ff.

[25]) vgl. Entsch. d. RG. Bd. 2 S. 206 ff., Bd. 3 S. 266 ff., Bd. 5 S. 321 ff., Bd. 7 S. 219 ff., Bd. 23 S. 189 ff.

[26]) vgl. besonders Turnau Anm. 4 zu § 64 EEG.; Förster-Eccius Bd. 3 § 200 Nr. 3.

[27]) Dernburg, HypR. S. 296 ff. § 39 e.

rung, sondern die Forderung ist abhängig von der Hypothek. Bemerkenswert ist in dieser Beziehung, daß das Obertribunal selbst seinen schroffen Standpunkt einschränken mußte.[28])

Der Inhaber einer Eigentümerhypothek soll nach der angegebnen Entscheidung berechtigt sein, die Hypothek unter Ausschluß der persönlichen Haftung zu zedieren. In diesem Sinne führt auch das Reichsgericht[29]) später aus: „Nur die rechtliche Möglichkeit sei anerkannt, daß auch das persönliche Schuldverhältnis infolge seiner Verknüpfung mit der Hypothek den nach sonstigen Rechtsregeln eintretenden Wirkungen der Konfusion entzogen bleibe, und es wäre verfehlt, daraus einen allgemein gültigen Grundsatz herzuleiten, daß in allen Fällen der Eigentümerhypothek der Inhaber derselben mit dem Rechte des Gläubigers die Verpflichtungen eines persönlichen Schuldners vereinige".

Im Hinblick auf diese Entscheidung des Reichsgerichts bemerkt Dernburg,[30]) daß damit die Basis der Entscheidungen des Obertribunals zusammenbreche. „Denn diese beruhe ja gerade auf der Auffassung, daß es die juristische Logik gebiete, daß sich die persönliche Forderung erhalte, wenn die Hypothek fortbestehe."

Man wird Dernburg in dieser Beziehung nur zustimmen können. Wenn sich Hypothek und Eigentum in einer Hand vereinigen, muß der persönliche Anspruch erlöschen.[31]) Gibt der Eigentümer die Hypothek weiter, so tritt an und für sich eine persönliche Verpflichtung nicht ein. Die Hypothek in der Hand des Eigentümers ist nur noch formell eine Hypothek, materiell hat sie aber die Eigenschaften einer Grundschuld angenommen.[32])

Die ganze Streitfrage erscheint nach dem Eigentumserwerbsgesetz nicht mehr so ganz berechtigt. Das frühere Recht kannte nur die Hypothek als streng akzessorisches Recht und suchte demgemäß die Eigentümerhypothek in diese Form hineinzuzwängen. Anders

---

[28]) vgl. Entsch. d. OTr. in Striethorsts Arch. Bd. 53 S. 1 ff., S. 5.

[29]) Entsch. d. RG. Bd. 5 S. 321 ff.

[30]) Dernburg, HypR. S. 298.

[31]) vgl. auch O. Fischer, Lehrb. S. 244; Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 1 § 337 Ziff. 3.

[32]) vgl. auch Achilles S. 123; Buchka S. 115 ff.

aber das Eigentumserwerbsgesetz; hier haben wir ein selbständiges hypothekarisches Recht. Warum soll man nicht, wenn Hypothek und Eigentum sich in einer Hand vereinigen und man die Forderung als erloschen ansieht, in der Eigentümerhypothek nunmehr ein grundschuldartiges Recht sehen!

Bevor wir das preußische Recht verlassen, soll jedoch noch darauf eingegangen werden, ob dieses für das Entstehen einer Eigentümerhypothek eine rechtsgültig zustande gekommene Hypothek verlangt.

So muß m. E. die den 3. Teil unserer Abhandlung bildende Streitfrage für das preußische Recht formuliert werden.

Dieses stellt nirgends wie das heutige Recht in § 873 BGB. die Einigung für das Zustandekommen einer Grundstücksbelastung als Erfordernis auf. Gemäß § 18 EEG. entsteht eine Hypothek durch die Eintragung im Grundbuch. Die Eintragung erfolgt nach § 19 Nr. 1, wenn der Eigentümer sie bewilligt. Der Schuldgrund muß angegeben und die Schuldurkunde vorgelegt werden. Eine rechtsgültige Hypothek ist also dann nicht vorhanden, wenn die Forderung fehlt oder die Eintragungsbewilligung ungültig ist. Das galt sowohl bei formeller als auch bei materieller Ungültigkeit der Eintragungsbewilligung.[33] Die Hypothek des preußischen Rechts war ein akzessorisches Recht. Ihre Entstehung war von einer Forderung abhängig.

Die Eigentümerhypothek des älteren preußischen Rechts entsteht aber gemäß Anhang § 52 zu § 484 I, 16 ALR. nur bei Vereinigung des Eigentums mit dem Hypothekrechte.

Damit eine derartige Vereinigung stattfinden kann, muß zunächst einmal ein gültiges Hypothekenrecht bestanden haben.

Mithin konnte im preußischen Recht, wenn ein Erfordernis einer rechtsgültigen Hypothek, also vor allem eine gültige Forderung fehlte, eine Eigentümerhypothek nicht entstehen.

So bemerkt schon das Kgl. Obertribunal in seinem Gutachten v. 11. 3. 1839[34]):

„Wo durch ein Judikat festgestellt worden ist, entweder daß die Eintragung wegen fehlenden Titels iniuste geschehen, oder daß

---

[33]) Entsch. d. RG. Bd. 23 S. 27 ff., Bd. 52 S. 111 ff.

[34]) JMBl. 1839 S. 174 ff.

die Forderung selbst nichtig sei, da kann nur eine Löschung stattfinden, denn das, was in der Hand des anmaßlichen Kreditors vernichtet wurde, kann nicht als etwas Gültiges, als ein Recht in die Hand des Grundbesitzers übergehen".

Das Eigentumserwerbsgesetz hat daran nichts geändert. Der Wortlaut der §§ 63—67 verlangt eine gültige Hypothek. Insbesondere ist nicht etwa aus § 64 etwas Gegenteiliges zu folgern. Die Löschungsbewilligung des § 64 bezieht sich nur auf § 63. Es ist damit nicht etwa jede beliebige Löschungsbewilligung gemeint. So bestimmt auch das Kammergericht [35]): „Ergibt sich, daß eine Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, und ist aus diesem Grunde die Löschung bewilligt worden, so kann einem auf Grund der Löschungsbewilligung und einer Abtretungsurkunde gestellten Umschreibungsantrage nicht stattgegeben werden".

Eine gültige Hypothek — also eine gültige Eintragungsbewilligung und eine zugrunde liegende Forderung —, das war ein Haupterfordernis der Eigentümerhypothek im preußischen Recht.[36])

Fassen wir das Ergebnis noch einmal kurz zusammen, so sehen wir folgendes: Das preußische Recht kennt bei Abschluß seiner Entwicklung eine akzessorische Form der Hypothek und eine selbständige. Wir finden eine Eigentümergrundschuld, die derivativ aus einer Grundschuld entstehen oder von vornherein auf den Namen des Eigentümers eingetragen werden kann. Ferner sehen wir eine Eigentümerhypothek in bestimmten vom Gesetz bezeichneten Fällen, ohne daß das Gesetz sich über die rechtliche Natur dieses Instituts ausspricht oder einen allgemeinen Rechtsgrundsatz aufstellt. Der Eigentümer rückt in die Hypothek ein, das System der „offenen Stellen" und damit auch die Haftung des Grundstücks nach Werteilen ist ausdrücklich abgelehnt (vgl. § 62 EEG.). Die Eigentümerhypothek verlangt für ihr Entstehen eine gültige Hypothek.

---

[35]) Jahrb. f. endg. Entsch. d. Preuß. AppG. Bd. 6 S. 183 ff.

[36]) vgl. JurW. 1903 Beil. 50; Entsch. d. RG. Bd. 54 S. 84 ff.; Entsch. d. OTr. Bd. 77 S. 164 ff.; Entsch. d. RG. Bd. 3 S. 266 ff.; EntschFG. Bd. 4 S. 118 ff. = Rspr. d. OLG. Bd. 8 S. 143 f.

§ 8.

e) Die Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Dieses preußische Recht wurde die Grundlage für unser heutiges Reichsrecht. Der 1. Entwurf steht in dieser Beziehung vollständig auf dem Boden des preußischen Rechts. Er übernimmt sowohl die Hypothek als auch die Grundschuld. In § 1092 wird als Regel bestimmt, daß die Hypothek erlischt, wenn die durch sie gesicherte Forderung erlischt. Als Ausnahme ist insbesondere § 1083 zu nennen, der den Schutz des guten Glaubens auch auf die durch die Hypothek gesicherte Forderung ausdehnt. Die Eigentümerhypothek finden wir in den §§ 1094 ff. geregelt. Sie entsteht, wenn der Gläubiger von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks befriedigt wird (§ 1094), wenn Eigentum und Hypothek sich in einer Hand vereinigen (§ 1097), wenn die Hypothek wegen Unbekanntheit des Gläubigers aufgeboten worden und ein Ausschlußurteil ergangen ist (§ 1104). Zugleich entschied man in § 1094 eine der wichtigsten Streitfragen des preußischen Rechts.

Ist der den Gläubiger befriedigende Eigentümer **nicht** zugleich der persönliche Schuldner, so wird die Forderung mit der Hypothek auf ihn übertragen. Ist der den Gläubiger befriedigende Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner, so wird nur die Hypothek auf ihn übertragen (Eigentümerhypothek).

Erlischt jedoch die Forderung auf andere Weise als durch Befriedigung, so erlischt auch die Hypothek. Bestaud eine Forderung von Anfang an nicht, so ist die Hypothek ungültig. Es kann keine Eigentümerhypothek entstehen und die nachstehenden Hypothekengläubiger rücken vor. Der Inhalt der Eigentümerhypothek wurde in § 1198 in einer von dem Inhalt der gewöhnlichen Hypothek abweichenden Weise bestimmt. In § 835 gab man endlich eine allgemeine Vorschrift dahin, daß, wenn Eigentum und ein anderes Recht an einem Grundstück sich in derselben Person vereinigen, durch die Vereinigung das andere Recht nicht aufgehoben wird.

Der Entwurf kennt also, wie die Protokolle zur 2. Lesung [1]) bemerken, die Eigentümerhypothek nur als Ausnahme. In der Kommission für die 2. Lesung wurde nun ein Antrag gestellt, der, wenn er angenommen worden wäre, die Wirksamkeit der Eigentümerhypothek noch mehr eingeschränkt hätte.[2])

Man ging dabei von der streng akzessorischen Natur der Hypothek aus. Diese sei trotz einzelner Ausnahmebestimmungen aufrechterhalten. Die im Entwurf enthaltenen Ausnahmebestimmungen der §§ 1094 ff. seien von dem Gedanken geleitet, „daß der Eigentümer, der aus seinem sonstigen Vermögen den Gläubiger befriedige, einen Anspruch habe, daß ihm der in der Hypothek verkörperte Wert erhalten bleibe". Es entspreche indessen, so machte man geltend, den Volksanschauungen, daß die nachstehenden Hypotheken aufrücken, wenn eine Hypothek fortfalle. „Wenn jemand auf eine 2. oder 3. Hypothek Geld ausleihe, so rechne er darauf, daß der Eigentümer die vorstehenden Hypothekengläubiger allmählich auszahlen werde." [3])

Dieser Ansicht trat jedoch die Mehrheit der Kommission nicht bei.[4]) Man ging von der richtigen Auffassung aus, daß die Möglichkeit des Abbezahlens vorgehender Hypotheken nur bei einfachen und unentwickelten Kreditverhältnissen in Betracht gezogen werden könne. Bei entwickelten Kreditverhältnissen rechnet man jedoch nicht mit Wegfallen der Vorhypotheken und läßt sich für die mindere Sicherheit andere Vorteile, insbesonders höhere Zinsen zusichern. Würden nun bei Wegfallen der Vorhypotheken die nachstehenden Hypothekengläubiger ohne weiteres vorrücken, so wäre dies für die betreffenden Gläubiger ein bei der Begründung der Hypothek nicht in Rechnung gezogener Vorteil.[5]) Wenn der Eigentümer andererseits neues Geld aufnehmen wollte, so würde er ein neues Pfandrecht nur hinter allen bisherigen und dementsprechend unter schärferen Bedingungen begründen können. Es erscheint jedoch als Erfordernis der Billigkeit, „daß dem Eigen-

---

[1]) Prot. S. 599.

[2]) Antrag 6 zu den §§ 1091—1102, Prot. S. 598.

[3]) Prot. S. 599 ff.

[4]) Prot. S. 600 ff.; vgl. auch Dernburg, HypR. S. 286 ff.

[5]) vgl. auch Denkschr. S. 146.

tümer die Möglichkeit gewährt wird, die Sicherheit, welche die vorstehende Hypothek dem Gläubiger bot, bei einem neuen Gläubiger zu verwerten".[6])

Aus diesen Erwägungen heraus entschied sich die Kommission allgemein für die Annahme des in den Anträgen 1—5 und 7 ausgesprochenen Prinzipes, nach dem es als Regel gelten soll, „daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Hypothek als Eigentümerhypothek erwirbt, wenn die Forderung, zu deren Befriedigung die Hypothek bestimmt ist, nicht besteht oder später erlischt".[7])

Die Vorschriften über die Eigentümerhypothek, wie sie aus den Beschlüssen der Redaktionskommission hervorgegangen sind, finden wir im wesentlichen im Gesetzbuch wieder.

2. Geltendes Recht.

§ 9.

a) Hypothek und Grundschuld des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Bevor wir die Eigentümerhypothek des geltenden Rechts betrachten, soll noch ein kurzer Blick auf die Hypothek und Grundschuld des Bürgerlichen Gesetzbuchs geworfen werden, um über diese Begriffe, insbesondere den Unterschied der beiden Rechtsinstitute Klarheit zu gewinnen.

Es handelt sich besonders um die Frage, ob auch nach der endgültigen Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Hypothek noch als akzessorisches Recht anzusehen ist.

Die Grundschuld des Bürgerlichen Gesetzbuchs entspricht im wesentlichen der Grundschuld des Eigentumserwerbsgesetzes. Der 1. Entwurf machte die Hypothek von der Existenz der Forderung abhängig (vgl. §§ 1062, 1092 des 1. Entw.).

In der Kommission für die 2. Lesung führte der Antragsteller zu 3, dessen Antrag von der Mehrheit angenommen

---

[6]) vgl. Denkschr. S. 146.

[7]) Prot. S. 599 ff.

wurde, unter anderem folgendes aus[1]): „Das Bestreben der modernen Gesetzgebung gehe dahin, den akzessorischen Charakter der Hypothek mehr und mehr abzustreifen. Dem Zuge der modernen Rechtsentwicklung entspreche es deshalb, nicht mehr den Bestand der Hypothek von der Existenz der persönlichen Forderung abhängig zu machen, sondern der persönlichen Forderung nur die Bedeutung beizulegen, daß sie als Legitimation für den Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück diene“.

Dieser Äußerung wird jedoch kein entscheidendes Gewicht beizulegen sein. Schon die Mehrheit bemerkte bei Annahme des Antrags, daß der Frage, in welcher Weise die Hypothek rechtlich zu konstruieren sei, durch die Annahme des Antrags nicht vorgegriffen werden solle. Für uns muß allein die Gestalt der Hypothek, wie sie uns im Gesetz entgegentritt, maßgebend sein. Nach dem Wortlaut des Gesetzes müssen wir die Sicherungshypothek als streng akzessorisch ansehen. Bei der gewöhnlichen Hypothek spricht die Fassung des § 1113 — wegen einer ihm zustehenden Forderung — für die akzessorische Natur. Auch § 1192 ist hier heranzuziehen. Nach ihm sollen die Vorschriften der Hypothek auf die Grundschuld entsprechende Anwendung finden, „soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld eine Forderung nicht voraussetzt“. Der Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld liegt also nach dem Wortlaut des Gesetzes darin, daß die „Hypothek“ eine Forderung voraussetzt, die „Grundschuld“ nicht.

Gegen die akzessorische Natur dürfte jedoch schon § 1113 Abs. 2 sprechen. Ferner steht nach § 1163 BGB. die Hypothek dem Eigentümer zu, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangt; der Eigentümer erwirbt die Hypothek, wenn die Forderung erlischt. Allerdings verwandelt § 1177 BGB. die Hypothek dann in eine Grundschuld. Zu verweisen ist auch auf § 1138, wonach der gute Glaube bei dem Erwerbe der Hypothek sich auch auf die Forderung erstreckt.

[1]) Prot. S. 539 ff.

Diese Ausführungen müssen uns dazu führen, die akzessorische Natur der Hypothek zum mindesten stark einzuschränken. Schon die Bestimmung des § 1163 Abs. 1 Satz 1 dürfte bei einer streng akzessorischen Hypothek schlecht denkbar sein. Faßt man den Begriff „akzessorisch“ so, daß die Hypothek mit der Forderung steht und fällt, so ist die heutige Hypothek nicht akzessorisch.

Andererseits kann man sie aber nicht völlig der Grundschuld gleichstellen. Das verbietet die geschichtliche Entwicklung der beiden Rechtsinstitute und vor allem auch das Gesetz selbst. Das für die Hypothek Bezeichnende dürfte die Tatsache sein, daß sie „eine Forderung voraussetzt“. Wir haben es hier vielleicht mit einer den sogen. „Soll“vorschriften entsprechenden Erscheinung zu tun. Die Hypothek „soll“ eine Forderung bei sich haben. Kommt aber die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung oder fällt sie weg, so bleibt das dingliche Recht trotzdem bestehen. Da die Hypothek aber „eine Forderung voraussetzt“, so ist es keine Hypothek mehr, sondern eine Grundschuld. Würde man Hypothek und Grundschuld in ihrem Wesen für vollständig gleichstehend erachten, so hätten die Gesetzgeber für ein und dieselbe Sache zwei rechtlich gleiche Rechtsinstitute geschaffen, und das ist kaum anzunehmen. Der Hauptstreit ist wohl überhaupt ein Streit über den Begriff „akzessorisch“, der von den einen weiter, von den anderen enger aufgefaßt wird. Ob man das Verhältnis zwischen Hypothek und Forderung aber unter den Begriff akzessorisch bringt oder nicht, darauf dürfte es m. E. überhaupt nicht soviel ankommen, wenn man sich nur über das Verhältnis überhaupt klar ist.

Die Hypothek des modernen Rechts ist zwar der Grundschuld näher gerückt, sie hat aber den Zusammenhang mit der Forderung noch nicht ganz verloren. Das Verhältnis zwischen Hypothek und Forderung ist jedoch in vielen Fällen beinahe umgekehrt. Die Hypothek zieht die Forderung nach sich (vgl. z. B. § 1138 BGB.). Die akzessorische Natur der Hypothek ist, wenn man will, stark eingeschränkt, aber nicht vollständig aufgehoben.[2]

---

[2]) vgl. dazu Planck Vorbem. 2 zu § 1113; Dernburg Bd. 3 § 222 S. 354; Horn S. 35 ff. Anm. 75; Eck, Vortr. S. 255 ff.; Fuchs S. 377. Die akzessorische Natur lehnen ab Staudinger Bd. 3 I, 2 zu § 1113; Predari S. 217 Anm. 27; Hachenburg, Vortr. S. 508, 533 ff. u. a. m.

§ 10.

b) Die Eigentümerhypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Fassen wir den Begriff „Eigentümerhypothek“ so weit wie möglich, so lassen sich im wesentlichen 4 Gruppen unterscheiden:

1. die Eigentümerhypothek mit Forderung in §§ 1143 ff.;
2. die Eigentümerhypothek ohne Forderung, die sich gemäß § 1177 Abs. 1 in eine Grundschuld verwandelt;
   Die einzelnen Fälle sind in § 1163, 1168—1172 BGB. und § 868, 932 ZPO. aufgezählt.
3. die originäre Eigentümergrundschuld des § 1196 BGB., bei der der Eigentümer von vornherein eine Grundschuld für sich eintragen läßt;
4. die derivative Eigentümergrundschuld, die bei Nichtlöschung und Aufrechterhaltung einer Gläubigergrundschuld für den Eigentümer entsprechend den Vorschriften bei der Hypothek eintritt.

Gruppe 4 und noch mehr Gruppe 3 treten bei unserer folgenden Darstellung, die sich im wesentlichen nur mit der aus einer Hypothek entstehenden Eigentümerhypothek bezw. Eigentümergrundschuld befassen soll, zurück.

Die Eigentümerhypothek mit Forderung, bei der auf den nicht persönlich haftenden Schuldner Hypothek und Forderung übergehen, kann im folgenden auch außer Betracht bleiben.

Wir werden uns im wesentlichen nur mit der 2. Gruppe beschäftigen, die den eigentlichen Gegenstand der Eigentümerhypothek bildet. Diese verwandelt sich gemäß § 1177 Abs. 1 in eine Grundschuld.

Man möchte nun meinen, daß die Fälle des § 1163 Abs. 1 und Abs. 2 von § 1177 gar nicht mitumfaßt werden könnten. Wie die Ausdrücke „vereinigen“ und „verwandeln“ zeigen, spricht § 1177 Abs. 1 anscheinend nur von einer Hypothek, die bereits einmal einem Dritten zugestanden hat. In den Fällen des § 1163 erwirbt aber der Eigentümer gar nicht eine wegfallende Gläubigerhypothek, sondern die Hypothek steht ihm von vornherein zu.

Aus diesen Erwägungen heraus kommt auch z. B. Fuchs dazu, sogar in dem Falle des § 1163 Abs. 2 die Hypothek sich erst in eine Eigentümergrundschuld verwandeln zu lassen, wenn feststeht, daß der Brief nicht übergeben werden wird, weil dann erst sich die eigentlich dem Gläubiger zustehende Hypothek mit dem Eigentum vereinige.[1] Das widerspricht jedoch direkt dem Wortlaut des Gesetzes.

Man wird dem § 1177 eine weitere Ausdehnung geben und ihn auch dann anwenden müssen, wenn die Hypothek von Anfang an von dem Eigentümer erworben wird.[2] Sonst würde es ja auch bezüglich der Fälle, in denen, wie das Gesetz sagt, die Hypothek dem Eigentümer zusteht, an jeder Inhaltsbestimmnug für die Eigentümerhypothek fehlen. Auch in § 1163 vereinigt sich ja schließlich das einer dinglichen Belastung entsprechende Recht mit dem Eigentum in einer Hand. Dafür, daß § 1177 auf alle Fälle der Eigentümerhypothek Anwendung finden soll, spricht auch der Umstand, daß er dem § 1084 des Redaktionsentwurfs entspricht, der ja nach den Protokollen[3] den Inhalt der Eigentümerhypothek bestimmen soll. Die meisten Schriftsteller und die Gesetzgebung wenden den § 1177 in den angegebenen Fällen ohne weiteres an.

II. Besonderer Teil.

1. Die rechtliche Natur der Eigentümerhypothek.

§ 11.

a) Vorbemerkung.

Wie bereits in der Einleitung erwähnt, wollte man im Gesetzbuch nur die Vorschriften geben, die man sachlich für geboten hielt.

Aufgabe der Wissenschaft sollte es bleiben, den Begriff und das Wesen der Eigentümerhypothek zu ergründen.[1]

---

[1]) Fuchs S. 570 Anm. 6.

[2]) Martinius in Gruchots Beitr. Bd. 44 S. 383; Planck Bem. 2a zu § 1177; Enneccerus S. 502; Komm. d. RGRäte Anm. 3 zu § 1163.

[3]) Prot. Bd. 3 S. 722/23.

[1]) vgl. Prot. S. 600.

Wohl auf keinem Gebiete des bürgerlichen Rechts sind so schwerwiegende, auch für die Praxis tiefeinschneidende Zweifel und Bedenken entstanden wie gerade auf dem Gebiete der Eigentümerhypothek. Eine der wichtigsten Streitfragen des preußischen Rechts ist zwar in § 1177 BGB. entschieden. Indessen bleibt die nicht weniger wichtige Frage bestehen, wie das Recht an der eigenen Sache mit dem geltenden Eigentumsbegriff in Einklang zu bringen ist. Verkörpern sich in der Eigentümerhypothek Befugnisse, die aus der Hypothek zum Eigentum zurückgekehrt oder trotz der Eintragung für einen anderen noch nicht ausgeschieden sind?[2]) Ist die Eigentümerhypothek also Eigentum, Entlastung des Grundstücks oder ist sie eine wirkliche dingliche Belastung? Gilt im Bürgerlichen Gesetzbuch das Prinzip der festen Stellen oder ist das Dogma von dem Vorrücken der Nachhypothekare prinzipiell aufrechterhalten? Das sind in der Hauptsache die Fragen, die die Wissenschaft bewegen.

Auf jede einzelne der vielen Theorien einzugehen, die vielfach nur in einer Umschreibung der wirtschaftlichen Bedeutung der Eigentümerhypothek ihre rechtliche Natur erblicken, dürfte zwecklos sein.

Es soll nur mit besonderer Berücksichtigung des Prinzips der festen Stellen und der Wertparzellenheorie festgestellt werden, daß die Eigentümerhypothek nicht als Eigentumsbefugnis, sondern als ein besonderes dingliches Recht anzusehen ist.

b) Die Eigentümerhypothek ist keine Eigentumsbefugnis.

§ 12.

α) Die Wertparzellentheorie.

Unter denjenigen Schriftstellern, die die Ansicht vertreten, daß die Eigentümerhypothek Eigentumsbefugnis sei, nehmen die Anhänger der Wertparzellentheorie einen besonderen Raum ein. Diese Lehre baut auf den Gedanken auf, die für die Eigentümerhypothek im deutschen Recht maßgebend waren. Schon für das

[2]) Kindel S. 22 ff.

preußische Recht wurde diese Richtung von verschiedenen Schriftstellern besonders von v. d. Hagen vertreten. Nach ihm sollte jede Hypothek immer nur den ihr entsprechenden Wertteil des Grundstücks ergreifen.[1] Das wurde aber für das preußische Recht in § 30 EEG. ausdrücklich abgelehnt. Das dem Prinzip der festen Stellen und somit auch der Wertparzellentheorie entgegenstehende Dogma vom Vorrücken der Nachhypothekare wurde in § 62 EEG. ausdrücklich anerkannt.

Unter den heutigen Vertretern der Wertparzellentheorie tritt vor allem Oberneck hervor.[2])

Nach seiner Ansicht hat sich die Kommission für die 2. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegenüber dem 1. Entwurf auf einen ganz anderen Standpunkt gestellt. Sie hat nach Obernecks Ansicht das Prinzip der festen Stellen im Gesetzbuch verwirklicht und damit das Dogma vom Vorrücken der Nachhypothekare, das auf der Haftung des ganzen Grundstücks beruht, durchbrochen.

Von dem Prinzip der festen Stellen gelangt man nun, wie Oberneck m. E. mit Recht annimmt,[3]) ohne weiteres zu der Theorie „der der Befriedigung des Gläubigers dienenden Wertteile“.

Vermöge der heutigen Grundbuchverfassung könne der Eigentümer, so führt Oberneck u. a. aus, das Verwertungsrecht an seinem Grundstück in verschiedene selbständige Teile zerlegen.[4]) Die auf diese Weise gebildeten gesonderten Vermögensmassen könne er entweder für sich selbst in Gestalt der Eigentümergrundschuld begründen oder im Wege der Hypotheken- oder Grundschuldbestellung einem Dritten zu einem bestimmten juristischen oder wirtschaftlichen Zwecke überlassen. Falle dieser Zweck weg, so müsse das dem Dritten überlassene Wertobjekt wieder in das Eigentum des Bestellers zurückgelangen.

---

[1]) v. d. Hagen S. 42 ff.; vgl. auch Schollmeyer S. 40 ff.

[2]) vgl. dazu Oberneck, Grundbuchrecht Bd. 2 S. 1 ff.; Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 306 ff.

[3]) Oberneck, Grundbuchrecht Bd. 2 S. 19; and. M. Güthe Bd. 2 S. 1577; Endemann Bd. 2 S. 733.

[4]) Oberneck, Grundbuchrecht Bd. 2 S. 7 ff.

In der Bestellung einer jeden Hypothek sieht Oberneck demnach einen „Vertrag zwischen Eigentümer und Begünstigtem, durch welchen diesem in der Form der Belastung des ganzen Grundstücks eine durch den Rang im Grundbuch genau bestimmte Wertquote behufs Befriedigung angewiesen wird“.[5]

Die Eigentümerhypothek ist für ihn keine wirkliche Hypothek, sondern eine bloße „Rechtsfiktion“. Zusammenfassend definiert sie Oberneck jetzt in seinem Grundbuchrecht als „das kraft Eigentums zustehende nicht erzwingbare Recht des Eigentümers am eigenen Grundstück auf den in der Form einer Grundkreditbelastung der Höhe und dem Range nach bestimmten Grundstückswert, mit der Wirkung der Entnahme aus dem Erlöse oder Ertrage des Grundstücks im Falle der Zwangsversteigerung durch einen Dritten und mit der Wirkung der gesetzlichen Umwandlung in eine Gläubigerpost im Falle der Trennung des Eigentums von der Post“.[6]

Eine ähnliche Anschauung finden wir auch bei Bruck wieder,[7] trotzdem er Oberneck selbst bekämpft.[8]

Das Grundstück haftet nach ihm jeder Hypothek mit einem ideellen Teile. Die Eigentümerhypothek ist für ihn „die Wiedergewinnung des wieder unbeschränkt gewordenen Eigentums, die Zurückerlangung eines ideellen Wertteils des Grundstücks“.[9]

Ganz abgesehen davon, daß es, wie wir noch zeigen werden, höchst zweifelhaft ist, ob das Bürgerliche Gesetzbuch das Prinzip der festen Stellen verwirklicht hat, ist die Theorie Obernecks und seiner Anhänger schon deswegen nicht anzuerkennen, weil sie den Wert als Haftungsobjekt betrachtet.

Der Wert ist nach Obernecks Ansicht in Ansehung der Hypothek „die juristische Substanz“ des Grundstücks. In Wirklichkeit wird aber nicht der Wert, sondern die Sache verpfändet, diese allerdings als Trägerin eines in Geld umsetzbaren Tausch-

---

[5] Oberneck, Grundbuchrecht Bd. 2 S. 13ff.

[6] Oberneck Bd. 2 S. 26ff.

[7] Bruck S. 150ff.

[8] a. a. O. S. 134ff.

[9] vgl. Bruck S. 154.

wertes. Bei der Vollstreckung wird dieser Wert durch den Verkauf der Sache hergestellt. Der Wert bestimmt zwar den Inhalt der Haftung, ist aber nicht Gegenstand derselben.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat zwar nicht mehr wie das preußische Recht in § 30 EEG. ausdrücklich ausgesprochen, daß das ganze Grundstück jeder Hypothek haftet, indessen heißt es in §§ 1113 u. 1191: „ein Grundstück" kann belastet werden. Damit kann aber, wie Dernburg ganz richtig hervorhebt, offenbar nur das ganze Grundstück gemeint sein.[10])

Hypothek und Grundschuld werden also vom Gesetz selbst immer noch als Belastungen des ganzen Grundstücks aufgefaßt.

Ferner ist Dernburg auch insofern zuzustimmen, als er darauf hinweist, daß es oft Fälle gebe, in denen der Grundstückswert bereits völlig erschöpft sei und dennoch neue Pfandrechte eingetragen würden.[11])

Dagegen führt Oberneck allerdings an, daß es auf den objektiven Wert des Grundstücks nicht ankomme. Der Wert steige und falle je nach der Konjunktur. Auch werde im Hypothekenbestellungsvertrage ein genügender Wert vereinbart.[12]) Gerade dadurch, daß hier Oberneck den stets wechselnden Wert besonders hervorhebt, macht er jedoch auf den wunden Punkt seiner Auffassung aufmerksam, die gerade den Wert zum maßgebenden Faktor erhebt. Außerdem ist auch bei dem Zwangsverkauf und der Verteilung des Erlöses nicht der vereinbarte, sondern der objektive Wert maßgebend.

Besonders dürfte auch auf das, was Güthe neuerdings gegen Oberneck in dieser Beziehung geltend macht, hinzuweisen sein.[13]) Es gibt, wie Güthe zeigt, Fälle, in denen ein Gläubiger selbst für seine Hypothek einen Wertteil gar nicht in Anspruch nimmt. Man muß dabei nach Güthe an den Fall denken, daß jemand, der weiß, daß das Grundstück bereits überlastet ist, und

---

[10]) Dernburg Bd. 3 S. 590 § 202 Ziff. 3.

[11]) vgl. auch Eck, Vortr. Bd. 2 S. 310.

[12]) Oberneck Bd. 2 S. 21 f.; vgl. auch Bruck S. 187.

[13]) Güthe, GBO. Bd. 2 S. 1576 ff.

eine künftige Wertsteigerung ebenfalls für ausgeschlossen hält, die Eintragung einer Zwangshypothek beantragt in der Hoffnung, durch die Eintragung einen Druck auf den Eigentümer auszuüben und dadurch zu seinem Gelde zu kommen.

Auch die Rechtsprechung hat die Wertparzellentheorie abgelehnt.[14] Das Reichsgericht macht gegen sie geltend, daß auch nach heutigem Recht noch jedem Hypothekengläubiger das ganze Grundstück hafte. Der ganze Versteigerungserlös sei für jeden Hypothekengläubiger mit dem Befriedigungsanspruch, in den sich die Hypothek aufgelöst habe, bestrickt. Nur soweit brauche jeder auf den Versteigerungserlös Berechtigte einem konkurrierenden Rechte zu weichen, als letzteres materiellen Bestand habe und zugleich ihm in der Rangordnung vorgehe.

Einen ähnlichen Gedanken spricht auch Endemann aus, wenn er sagt, daß das Pfandrecht an der Sache hafte und nur die Durchführung des Befriedigungsrechtes für jeden einzelnen Gläubiger abhängig sei von dem Verhältnis, in dem sein Recht zu den übrigen Belastungen stehe.[15]

Nach Oberneck[16] verwechselt das Reichsgericht hierbei seine Wertteilstheorie mit der alten Wertparzellentheorie. Seine Theorie widerspricht seiner Ansicht nach durchaus nicht der Auffassung, daß nur das ganze Grundstück selbst Gegenstand der Hypothek ist. Wenn das Gesetz davon spricht, daß das „ganze" Grundstück belastet wird, so drückt es sich nach Obernecks Ansicht nur „rein bildlich" aus.[17] Die Annahme, daß der ganze Versteigerungserlös mit dem Befriedigungsanspruche bestrickt sei, wird nach Oberneck durch das Zwangsversteigerungsgesetz widerlegt. Denn nach der Versteigerung hafte nur noch der Barerlös, und zwar dieser noch verringert um die Kosten des Verfahrens und die in § 10

---

[14]) Entsch. d. RG. Bd. 60 S. 254 ff.

[15]) Endemann § 112 S. 703; vgl. dazu auch Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 1 § 315.

[16]) Oberneck Bd. 2 S. 12 ff.; vgl. auch Oberneck in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 60 S. 546 ff.

[17]) vgl. auch P. Krückmann im ZBlFG. Bd. 7 S. 366 ff., der die Vorstellung von der Belastung des ganzen Grundstücks für „eine bloße theoretische Dekoration" ansieht.

Nr. 1—5 ZVG. bezeichneten Ansprüche. Diese Ansicht wird jedoch nicht für richtig erachtet werden können. Die genannten Bestimmungen des Zwangsversteigerungsgesetzes sind nur als Modifikation des Grundsatzes von der Haftung des ganzen Erlöses anzusehen. Der Rest des Erlöses haftet nach wie vor allen Gläubigern in der vom Reichsgericht bezeichneten Art. Der Grundsatz von der Haftung des ganzen Grundstücks ist nicht aufgegeben, sondern nur eingeschränkt.[18]) Oberneck vermag nicht überzeugend nachzuweisen, daß sich „Belastung des ganzen Grundstücks" mit der „Haftung nur eines Wertteiles" verträgt. Einer Zerspaltung des Haftungsgegenstandes in verschiedene Wertteile widerspricht auch die Tatsache, daß wegen der kleinsten Hypothek das ganze Grundstück auf Verlangen zur Zwangsversteigerung gebracht werden muß. Diese Tatsache spricht mehr als jede andere dafür, daß das Grundpfandrecht das ganze Grundstück ergreift.

§ 13.

β) Das Prinzip der festen Stellen.

Aber nicht nur deshalb, weil der Wert als Pfandobjekt im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht anerkannt ist, muß man die Wertparzellentheorie ablehnen. Auch ihre Grundlage, ihre Voraussetzung,[1]) das Prinzip der festen Stellen, können wir im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht verwirklicht finden.

Wenn auch manche, so z. B. Güthe und Endemann, leugnen, daß dieses notwendig zur Wertteilstheorie führe, so liegt das m. E. daran, daß das, was sie als Prinzip der festen Stellen anerkennen, gar kein Prinzip ist.

Wertparzellentheorie und Prinzip der festen Stellen sind m. E. eng miteinander verbunden. Ist doch aus dem Grundsatz, daß jedem Gläubiger nur ein Wertteil haftet, erst das Prinzip der festen Stellen entstanden.

---

[18]) vgl. auch Hirsch im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 222 ff., 234.

[1]) vgl. Oberneck Bd. 2 S. 19; Entsch. d. RG. Bd. 60 S. 254; Gruchots Beitr. Bd. 50 S. 589.

Ganz abgesehen von diesen Meinungsverschiedenheiten, wollen wir uns hier darauf beschränken, die Ausführungen derjenigen Schriftsteller zurückzuweisen, die im Bürgerlichen Gesetzbuch das Prinzip der festen Stellen verwirklicht sehen wollen. Gelangen doch alle seine Anhänger ebenfalls dazu, in der Eigentümerhypothek Eigentumsbefugnis zu sehen.

Wie wir aus dem mecklenburgischen Recht ersehen haben, bleibt bei diesem sogen. Prinzip der festen Stellen jede Post für immer an der ihr einmal angewiesenen Stelle. Selbst beim Erlöschen einer vorhergehenden Hypothek rücken die nachfolgenden Hypothekengläubiger nicht vor. Die offene Stelle bleibt zur Verfügung des Eigentümers. Diese von Oberneck[2]) so bezeichnete alte formale Lokustheorie hatte schon das Eigentumserwerbsgesetz (§ 62) für das preußische Recht ausdrücklich abgelehnt. Sie ist auch für das heutige Recht sicher nicht anzunehmen.[3])

Demgegenüber will man[4]) für das Bürgerliche Gesetzbuch ein modernes System der festen Stellen annehmen, unter dem Oberneck das „materiellrechtliche Prinzip, daß der Gläubiger an den ihm durch die Eintragung festgestellten Rang gebunden bleibt", verstanden wissen will. Dieses Prinzip der festen Stellen will Güthe besonders daraus herleiten, daß durch die §§ 1163, 1168, 1170, 1171 BGB. und die §§ 868 u. 932 ZPO. in beinahe allen erdenklichen Fällen ein Nachrücken der nachstehenden Gläubiger ausgeschlossen sei. Desto merkwürdiger ist es, wenn gerade Güthe, den Satz, wie er es nennt, „daß eine nichtige Hypothek eine feste Stelle nicht begründe", einfach als Ausnahme von dem von ihm vertretenen Prinzip der festen Stellen bezeichnet und demgemäß bei mangelnder Einigung eine Eigentümerhypothek nicht entstehen lassen will.[5]) Dann müßte man aber doch verlangen, daß eine derartige Ausnahme im Gesetz als solche hervor-

---

[2]) Oberneck Bd. 2 S. 18.

[3]) vgl Mot. z. BGB. Bd. 3 S. 213 ff. u. 736 ff.; Fuchs S. 522; Hachenburg, Beitr. S. 9.

[4]) Oberneck Bd. 2 S. 13 ff.; vgl. auch Endemann Bd. 2 § 116 Anm. 6 u. 7; Güthe in Z. d. DNotV. 1906 S. 731 ff.; ders., GBO. Bd. 2 S. 1574 ff.

[5]) Güthe Bd. 1 S. 510 Anm. 14 z. § 22 GBO., Bd. 2 S. 1576.

träte. Das tut sie jedoch nicht. Eine ausdrückliche Bestimmung dieser Art ist im Gesetzbuch nirgends zu finden.

Güthe will diesen „Satz“ aus dem Wortlaut des § 1163 BGB. sowie daraus entnehmen, „daß jede Hypothek, also auch die Eigentümerhypothek, das Bestehen einer wirklichen, nicht bloß buchmäßigen Belastung voraussetze“.

Abgesehen davon, daß aus dem Wortlaut des § 1163, wie noch gezeigt werden soll, durchaus nicht so klar hervorgeht, daß eine nichtige Hypothek eine Stelle nicht begründet, gibt vor allem der zweite von Güthe angeführte Grund zu Bedenken Anlaß.

Während Güthe[6]) an anderer Stelle die Eigentümerhypothek als „das Eigentumsrecht in seiner Gebundenheit an eine bestimmte Hypotheken- oder Grundschuldrangstelle“ bezeichnet, wird hier die Eigentümerhypothek auf einmal der Hypothek gleichgestellt. Güthe verwickelt sich hier sichtlich in Widersprüche. Das spricht nicht gerade für das von ihm vertretene Prinzip.

Weiterhin ist noch folgendes in Betracht zu ziehen.

Gilt das Prinzip der festen Stellen, so muß das sogen. Dogma vom Aufrücken der nachfolgenden Hypothekengläubiger vom Gesetzbuch aufgegeben sein. Dieser Grundsatz ist aber im Bürgerlichen Gesetzbuch m. E. durchaus nicht aufgegeben worden.

Wie wir bereits bei Widerlegung der Wertparzellentheorie festgestellt haben, ergreifen unsere heutigen Grundpfandrechte immer noch das ganze Grundstück. Aus dieser Haftung des ganzen Grundstücks ergibt sich aber ohne weiteres der Grundsatz, daß die nachstehenden Hypothekengläubiger aufrücken, sobald ein vorstehendes Recht gelöscht worden ist, weil es materiell gegenstandslos geworden ist. Für das preußische Recht war das im § 62 EEG. ausdrücklich ausgesprochen worden. Daran wurde auch durch das Bürgerliche Gesetzbuch nichts geändert. Der § 1102 des 1. Entw., der die Eintragung einer neuen Hypothek an der Stelle der erloschenen für unzulässig erklärte, wurde ja nur aus der Erwägung gestrichen, daß das Nachrücken der nachstehenden Hypothekengläubiger eine

---

[6]) a. a. O. S. 1576.

selbstverständliche Konsequenz derjenigen Gestaltung sei, welche die Hypothek erhalten habe.[7])

Dieses Recht des nachfolgenden Hypothekengläubigers auf Aufrücken kann gemäß § 1179 BGB sogar verdinglicht werden. Wenn die Hypothek dann gelöscht wird, so rücken die nachfolgenden Hypothekengläubiger vor, und zwar auf Grund der Haftung des ganzen Grundstücks.

Wenn nun Oberneck[8]) meint, daß das Aufrücken der Nachhypothekare bei gelöschter Vorhypothek deshalb nicht gegen das Prinzip der festen Stellen spreche, weil auch in diesem Falle die nachstehenden Hypothekengläubiger nur infolge des Willens des Eigentümers vorrücken, so kann ihm hierin nicht zugestimmt werden. Er hat bei seiner Betrachtung m. E. ein Zwischenglied ausgelassen. Der Wille des Eigentümers kann direkt nur die Löschung der Hypothek herbeiführen und dadurch erst indirekt das Vorrücken. Das Vorrücken selbst geschieht aber auf Grund des im Gesetze enthaltenen Dogmas von dem Vorrücken der nachstehenden Hypothekengläubiger. Von dem System der festen Stellen aus müßte man dieses Vorrücken als Begründung einer neuen Hypothek auffassen.[9]) Diese Auffassung findet jedoch im Gesetz keine Stütze.

Was das sogen. „moderne System der festen Stellen“ eigentlich bedeutet, können wir besonders bei Endemann gut erkennen.[10]) Ausgehend von dem Prinzip der festen Stellen will er in der Eigentümerhypothek „das Eigentumsrecht in der besonders ausgeprägten Gestalt eines Ausschließungsrechtes gegenüber den der offenen Stellen im Range nachstehenden Grundpfandrechten“ sehen. Wie verträgt sich aber die Konstruktion der Eigentümerhypothek als Ausschließungsrecht mit dem Prinzip der festen Stellen! Ist jede Stelle fest, so braucht doch der Eigentümer auch kein Ausschließungsrecht.

---

[7]) vgl. Prot. S. 614; Fuchs S. 572.

[8]) Oberneck Bd. 2 S. 16ff.

[9]) Brinck S. 174ff.; ähnlich Leonhard bei Eck, Vortr. S. 310: „Prioritätsverleihung“.

[10]) Endemann Bd. 2 § 116 S. 733ff.

Tatsächlich wird durch die Eigentümerhypothek das Aufrücken der nachfolgenden Hypothekengläubiger ausgeschlossen und damit jede Hypothek möglichst an ihrer Stelle festgehalten.

Diesen Erfolg, der durch die Eigentümerhypothek erreicht wird, kann man aber noch nicht als ein juristisches Prinzip bezeichnen.

Wenn dieses sogenannte Prinzip der festen Stellen erst durch ein „Ausschließungsrecht" verwirklicht werden soll, so ist das m. E. das beste Zeichen, daß gerade dieses Prinzip vom Gesetz nicht verfolgt wird, sondern daß das Gesetz immer noch auf der entgegengesetzten Auffassung steht, daß die Nachhypotheken prinzipiell vorrücken.

Dem entspricht auch der Wortlaut des Gesetzes. Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht davon, daß dem Eigentümer „die Hypothek zusteht", der Eigentümer „die Hypothek erwirbt". Es verleiht also dem Eigentümer die Hypothek, deren Gläubiger entweder weggefallen ist oder das Recht nicht erworben hat. Dadurch erreicht es den beabsichtigten Zweck, die nachstehenden Hypothekengläubiger am Aufrücken zu verhindern. Das Prinzip der festen Stellen geht jedoch sichtlich vom umgekehrten Standpunkt aus. Nach ihm hat jeder Hypothekengläubiger seine feste Stelle. Fällt nun ein Hypothekengläubiger weg, so „füllt das Eigentum die Stelle aus, an der die wegfallende Belastung in der Reihenfolge der Hypotheken eingereiht gewesen ist".[11] Gerade in der Fassung der Rechtssätze liegt eine Anerkennung des Dogmas von dem Aufrücken der nachstehenden Hypothekengläubiger.

Im deutschen Recht war die Eigenthümerhypothek eine Folge des Prinzips der festen Stellen und der Wertteilung. Heute wird das wirtschaftlich gebotene Festhalten des einzelnen Gläubigers an seiner Rangstelle durch das Institut der Eigentümerhypothek erreicht. Das Verhältnis ist also gerade umgekehrt.

Aus dem Vorhandensein der Eigentümerhypothek kann man aber nicht ohne weiteres auch das Vorhandensein des Prinzips der festen Stellen folgern.

Das das Prinzip der festen Stellen ausschließende Dogma vom Aufrücken der Nachhypothekare ist für das Bürgerliche Ge-

---

[11]) Güthe Bd. 2 S. 1576.

setzbuch nicht vollständig aufgegeben.[12] Allerdings sind von diesem Dogma so viele Ausnahmen gemacht worden und die Fälle, in denen ein Eigentümerpfandrecht entsteht, auch dem preußischen Recht gegenüber so erheblich vermehrt worden, daß Predari[13] nicht so ganz unrecht hat, wenn er meint, daß die Ausgestaltung der Eigentümerhypothek im Bürgerlichen Gesetzbuch ein Aufrücken der nachstehenden Hypothekengläubiger nahezu ausschließe. Das System der festen Stellen ist seinem wirtschaftlichen Erfolge nach nahezu erreicht. Aber deshalb darf man doch nicht einfach über das Prinzip hinwegsehen. Das Gesetz steht allerdings wohl auf dem Standpunkt, ein unbilliges Aufrücken der nachstehenden Hypothekengläubiger sei nach Möglichkeit zu verhindern. Aber diese Möglichkeiten werden im Gesetz genau bezeichnet. Man kann allerhöchstens sagen, daß ein gewisses Prinzip der festen Stellen den Verfassern des Gesetzes „vorgeschwebt hat".[14] Im Gesetz hat jedoch ein derartiges „Prinzip" keinen Ausdruck gefunden. Die gegenteilige Ansicht wäre nicht mehr Gesetzesauslegung, sondern unzulässige Gesetzesverbesserung.[15] Wir werden daran festhalten müssen, daß nach der Auffassung des Gesetzes der Eigentümer kraft positiver Vorschrift in das für den Gläubiger unwirksam oder nicht vollwirksam gewordene Recht einrückt. Dernburg spricht hier von „Sukzession".[16] Der Begriff der Sukzession setzt jedoch voraus, daß jemand vorhanden ist, dem man sukzediert. In diesem Sinne kann man aber bezüglich der §§ 1163 Abs. 1 Satz 1 und 1163 Abs. 2 nicht von Sukzession sprechen. Dort hat ja der Gläubiger das Recht noch gar nicht erworben. Um den Gegnern keine Angriffspunkte zu bieten, wird man das Eintreten des Eigentümers in die Reihe der Realberechtigten besser als ein „Einrücken in eine Belastung" bezeichnen.

---

[12]) vgl. auch Brinck S. 174/75; Kindel S. 78.

[13]) Predari, GBO. S. 219 Anm. 16.

[14]) Leonhard bei Eck S. 310.

[15]) vgl. Leonhard bei Eck S. 310 Anm. 1.

[16]) Dernburg Bd. 3 S. 613; ebenso auch Fuchs S. 522.

§ 14.

γ) Die Auffassung der Eigentümerhypothek als Eigentumsbefugnis entspricht überhaupt nicht dem Gesetz.

Ohne auf die vielen Einzelmeinungen noch einzugehen, soll im folgenden nur gezeigt werden, daß eine Auffassung, die in der Eigentümerhypothek Eigentumsbefugnis sieht, überhaupt nicht dem Gesetz entspricht.

Die Eigentümerhypothek verbleibt bei einer Veräußerung des Grundstücks dem veräußernden Eigentümer. Für einen, der in der Eigentümerhypothek Eigentumsbefugnis sieht, dürfte das schwer zu erklären sein.

Bei Übertragung der Eigentümerhypothek auf einen Dritten entsteht in der Hand des Dritten unzweifelhaft ein vollwirksames Hypothekenrecht. Sieht man nun in der Eigentümerhypothek Eigentum, so hat der Eigentümer etwas übertragen, was er selbst eigentlich gar nicht hatte,[1] nämlich eine Hypothek, während sich sein Recht doch angeblich nur als Eigentum darstellte. Einzig und allein die Übertragung auf den Dritten soll bewirken, daß aus etwas, was materiell Eigentum war, materiell ein begrenztes dingliches Recht wird! Das läßt sich ebenfalls schwer erklären. Der Übertragung bezw. Abtretung wird damit eine gewisse rechtserzeugende Kraft beigelegt, die ihrem Wesen fremd ist.

Wie weit man bei der Auffassung der Eigentümerhypothek als Eigentumsbefugnis kommen kann, zeigt uns besonders Kindel.[2] Gelangt er doch in konsequenter Durchführung seiner Anschauung dahin, die Eigentümerhypothek nicht an ihrer Stelle liquidieren zu lassen. Sie soll den nacheingetragenen Hypothekengläubigern mit verhaftet sein, ein Ergebnis, das jedoch gerade durch die Eigentümerhypothek vermieden werden sollte und auch sicher der Auffassung des Gesetzes widerspricht. Dieses gibt in § 1197 BGB. dem Eigentümer das Recht auf Zinsen, wenn das Grundstück auf Antrag eines anderen zum Zwecke der Zwangsverwaltung in Beschlag genommen ist. Daraus dürfte aber zur Genüge hervorgehen, daß

---

[1] Dümchen in Jherings Jahrb. Bd. 54 S. 463 ff.

[2] Kindel in der Festgabe für Koch S. 75 ff.

der Eigentümer auch bei der Zwangsvollstreckung den auf seine Eigentümerhypothek entfallenden Erlös erhalten soll.

Würde man in der Eigentümerhypothek reines Eigentum sehen, so könnte sich auch der Eigentümer den nachstehenden Hypothekengläubigern gegenüber an der Stelle nicht halten. Diese Schwierigkeit verkennen die Schriftsteller, die in der Hypothek Eigentumsbefugnis sehen, keineswegs. Um ihr zu entgehen, lassen sie das Eigentum eine Verstärkung erfahren. Man gibt dem Eigentum u. a. einen Rang.[3]) Damit legt man aber dem Eigentum etwas bei, was dem Wesen des Eigentums widerspricht. Ein Eigentumsteil, der eine Rangstelle einnimmt, ist kein Eigentum mehr. Am weitesten geht wohl in dieser Beziehung Endemann,[4]) wenn er die Behauptung aufstellt, daß in der Eigentümerhypothek ein Teil des Eigentumsinhalts als ein selbständiger, abgesonderter Vermögensgegenstand auftrete, der die grudbuchmäßige Gestalt eines Grundpfandrechts nur deshalb angenommen habe, weil dies am besten der Wirkung, die nachstehenden Grundpfandberechtigten zurückzuhalten, entspreche. Gegenüber dieser von Endemann u. a. entwickelten Anschauung kann man wohl Horn nicht so ganz unrecht geben, wenn er meint, daß ein „Eigentumsrecht, von welchem fingiert wird, daß es ein Grundpfandrecht ist, das zur Gestalt eines den Grundpfandrechten ebenwertigen Rechts und zum Range desselben seine Zuflucht nehmen muß, um anderen Hypotheken entgegenzuwirken, weit eher ein Pfandrecht als ein Eigentumsrecht sein dürfte".[5])

Wie es die Anhänger der Lehre, daß die Eigentümerhypothek Eigentumsbefugnis sei, auch immer anfangen mögen, ihre Auffassung läßt sich durch das Gesetz nicht rechtfertigen.

Hypnotisiert von gewissen wirtschaftlichen Gesichtspunkten gehen sie größtenteils von Voraussetzungen aus, die sie erst beweisen müßten. Der geschichtliche Werdegang unseres heutigen Rechts wird dabei meistenteils gänzlich außer acht gelassen.

---

[3]) Oberneck Bd. 2 S. 26ff.; Güthe in Z. d. DNotV. 1906 S. 739; Güthe GBO. Bd. 2 S. 1577; Endemann § 116 Anm. 6.

[4]) Endemann Bd. 2 § 116. S. 738.

[5]) Horn S. 64ff.; Endemann § 116 Anm. 6.

c) Die Eigentümerhypothek ist auch keine unvollkommene Hypothek im Sinne Hachenburgs.

§ 15.

Von ganz anderen Gesichtspunkten als die bis jetzt behandelten Schriftsteller geht eine andere Gruppe aus, als deren Hauptvertreter Hachenburg anzusehen ist. Hachenburg knüpft augenscheinlich an gewisse von Jhering ausgesprochene Gedanken an.

Jhering sieht nämlich in der Eigentümerhypothek nicht ein Recht, sondern erst den „Keim eines Rechts", eine „Sicherstellung des künftigen Rechts".[1] Von dieser Auffassung ist es nur noch ein kleiner Schritt zu der „unvollkommenen Hypothek" Hachenburgs, die erst der Vollendung durch den Zutritt der aktiven Seite des Rechts harrt.[2] In dem Ausschluß des Vollstreckungsrechts will Hachenburg gerade eine Bestätigung seiner Auffassung finden. Der Eigentümer kann deshalb nicht die Vollstreckung beantragen, weil er nach Hachenburg gar nicht Träger des Rechts ist. Es fehlt der Eigentümerhypothek „derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt". Es fehlt also das „Rechtssubjekt", während die „objektive Belastung" vorhanden ist. Dieser Konstruktion hat sich Biermann in der 1. Auflage seines Sachenrechts vollständig angeschlossen.[3] In gleichem Sinne äußern sich auch Böhm[4] und Matthiaß.[5] Gegen diese Auffassung spricht jedoch schon der Wortlaut des Gesetzes, das ausdrücklich den Eigentümer als Subjekt des Rechts bezeichnet.

§ 16.

d) Die Eigentümerhypothek ist ein dingliches Recht, Belastung des Grundstücks.

Bei einem Versuch, die rechtliche Natur der Eigentümerhypothek zu erfassen, wird man vor allem sich an das Gesetzbuch selbst

[1] Jherings Jahrb. Bd. 10 S. 491 f.
[2] Hachenburg, Beitr. S. 21 ff.; ders., Vortr. S. 510 ff., 524.
[3] Biermann § 1163 Nr. 6.
[4] Böhm, Reichsgrundbuchrecht S. 239/40, 309/10.
[5] Matthiaß S. 144.

halten müssen. Die Vernachlässigung des Gesetzes ist m. E. ein Hauptfehler vieler Konstruktionsversuche. Die rechtliche Natur eines Institutes unseres gegenwärtigen Rechts darf nicht den positiven Bestimmungen des Gesetzes widersprechen. Machen wir uns somit noch einmal die Auffassung des Gesetzes klar.

Nimmt man den Fall heraus, daß der Eigentümer einen Hypothekengläubiger befriedigt, so erlischt damit die Forderung. Die Hypothek wird jedoch nach § 875 BGB. erst mit der Löschung aufgehoben. Die Belastung besteht also noch. Ein gutgläubiger Dritter kann die Hypothek als vollwirksam erwerben, aber sie ist eigentlich materiell erledigt. Derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgte, hat kein Recht mehr auf die Hypothek. Es müßte also nach § 894 BGB. das Grundbuch berichtigt und die eingetragene Hypothek gelöscht werden. Da nun jedem Hypothekengläubiger das ganze Grundstück haftet und das Prinzip der festen Stellen im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht anerkannt ist, so würden die nachfolgenden Hypothekengläubiger vorrücken. Das Grundstück wäre zwar entlastet, der Eigentümer aber trotzdem geschädigt. Mit seinem Eigentum allein kann nun der Eigentümer dieses Aufrücken nicht verhindern. Der Elastizität des Eigentums steht die Elastizität der Hypotheken gegenüber, von denen jede an und für sich das ganze Grundstück ergreift.

Durch diese nachfolgenden Hypotheken würde der Eigentümer bei Wegfall einer Hypothek von der erledigten Stelle weggedrängt werden. Um das zu verhindern, muß er in die Reihe der Realberechtigten eintreten.

Das Gesetzbuch bestimmt daher, daß der Eigentümer in die im Grundbuch noch nicht gelöschte Hypothek einrückt. Es verleiht ihm also die Hypothek. Der Eigentümer erhält kraft positiver Gesetzesvorschrift ein besonderes Recht neben seinem Eigentum.

Die Möglichkeit des Bestehens eines Rechts neben dem Eigentum dürfte schon in § 889 BGB. anerkannt sein. Wenn das Recht materiell nicht erlischt, und zwar damit es nicht nach § 894 BGB. gelöscht werden muß, so muß es fortbestehen. Das Gesetz gibt bei der Eigentümerhypothek dem Eigentümer ausdrücklich das betreffende Recht. Horn hat nicht ganz unrecht, wenn er dieses Verfahren des Gesetzes einen „wirtschaftlichen

Machtspruch nennt, mit welchem wir uns ein für allemal abzufinden haben".[1])

Das begrenzte dingliche Recht ergreift die Sache, ohne des Eigentums als Zwischenglied zu bedürfen.[2]) „Es belastet die Sache, nicht das Eigentum."

Unsere moderne Grundbuchverfassung hat nun das Grundstück selbständiger gestellt, von dem Eigentümer nach außen hin gewissermaßen unabhängiger gemacht. Kann doch das Grundstück im Verkehr sogar als Träger von Rechten und Pflichten auftreten. Infolge dieser Umstände ist auch der Gedanke, daß der Eigentümer dem Grundstück auch noch in anderer Gestalt gegenübertreten kann, an und für sich nicht mehr so widersinnig.

Warum soll also der Eigentümer nicht ein besonderes Recht neben seinem Eigentum haben! Das moderne Grundbuchwesen bietet die Möglichkeit, ein derartiges Recht nach außen hin kenntlich zu machen.

Allerdings § 903 BGB. scheint dagegen zu sprechen. Das Eigentum schließt nach ihm scheinbar jedes andere Recht, soweit es nicht in der Hand eines Dritten liegt, aus. Aber wenn das Gesetzbuch für die Fälle, in denen das Eigentum den Eigentümer nicht genügend schützt, dem Eigentümer ein besonderes Recht verleiht, dann muß doch nicht dieses Recht unbedingt wieder Eigentum sein. Schließlich ist doch das Eigentum auch nur ein vom Recht aufgestellter Begriff. Schon Hartmann[3]) hat für das römische Recht die Möglichkeit nachgewiesen, daß das sogen. „Recht an der eigenen Sache" unsere Herrschaft noch zu erweitern vermag „über die Grenzen hinaus, welche der Eigentumsmacht als solcher gezogen sind".[4])

Der Eigentümer nimmt in seiner Eigenschaft als Eigentümer die allerletzte Stelle unter den dinglich Berechtigten ein. Rückt der Eigentümer aber selbst an einer Stelle als begrenzt dinglich Berechtigter ein, so gelangt er auch bei der Zwangsversteigerung an dieser Stelle zur Hebung und drängt so die nachfolgenden

---

[1]) Horn S. 86.

[2]) vgl. dazu Gierke Bd. 2 S. 598; Dümchen in Iherings Jahrb. Bd. 54 S. 463/64.

[3]) Hartmann in Iherings Jahrb. Bd. 17 S. 67 ff.

[4]) Hartmann a. a. O. S. 133.

Gläubiger zurück. Der Eigentümer bekommt somit in der Eigentümerhypothek ein Recht, das in seinem Eigentum tatsächlich nicht enthalten war, nämlich ein Ausschließungsrecht, gegenüber den nachfolgenden Hypothekengläubigern. Dieses Recht des Eigentümers hat zwar mit dem Eigentum das Subjekt gemeinsam, ist jedoch nicht mit dem Eigentum identisch.[5]) Es fließt nicht innerlich mit ihm zusammen, sondern besteht selbständig und unterliegt eigenen Wandlungen.

Die Eigentümerhypothek ist also ein besonderes Recht neben dem Eigentum, ein Recht, das allerdings in Wahrheit gegen Dritte nicht gegen den Eigentümer selbst gerichtet ist.

Diese Wirkung gegen die nachfolgenden Hypothekengläubiger ist bei der Eigentümerhypothek die Hauptsache. Eine derartige Wirkung kann aber nur ein dingliches Recht, eine Belastung des Grundstücks ausüben. Deshalb muß die Eigentümerhypothek, um ihre Zwecke voll zu erreichen, als Belastung des Grundstücks auftreten.

Der Eigentümer hat nun ein Recht inne, das in Pfandrechtsgestalt auftritt und sich in ein vollwirksames hypothekarisches Recht verwandelt, wenn er es einem Dritten überträgt. Dieses Recht steht selbständig neben dem Eigentum. Es ist ein vollständig selbständiges Vermögensobjekt, kein „Zubehör des Grundstücks".[6]) Bei der Veräußerung verbleibt es dem Eigentümer, auch das Vermächtnis des Grundstücks umfaßt nicht die Eigentümerhypothek.[7]) Wird in das Grundstück von einem Dritten die Zwangsvollstreckung betrieben, so wird der Eigentümer wie jeder andere begrenzt dinglich Berechtigte berücksichtigt. Er kann dieses Sonderrecht auch verpfänden und einen Nießbrauch daran bestellen. Es bildet einen Bestandteil seiner Konkursmasse. In einem derartigen Recht wird man aber wohl ein hypothekarisches Recht sehen müssen.[8]) Dem entspricht auch die Fassung des Gesetzes.

Es zählt nicht die dem Eigentümer zustehenden Befugnisse auf, sondern hebt gerade diejenigen hervor, die ihm nicht zustehen.

---

[5]) Jakubezki S. 212; Fuchs Anm. 5 zu 889; Planck Anm. 2 zu § 889.

[6]) Staudinger Bem. 3 zu § 1177.

[7]) Entsch. d. RG. Bd. 23 S. 14.

[8]) Horn S. 50.

„Dadurch gibt das Gesetz", wie Planck[9]) wohl mit Recht behauptet, „zu erkennen, daß der Eigentümer im übrigen alle Rechte eines Grundschuldgläubigers hat, daß sein Recht ein wahres Grundschuldrecht ist.

Der Auffassung, daß die Eigentümerhypothek ein hypothekarisches Recht ist, scheinen auch die Protokolle[10]) zum mindesten bedeutend näher zu stehen als irgend einer anderen. Es war nämlich zu § 1099 des 1. Entw. der Antrag gestellt worden, den Abs. 2 folgendermaßen zu fassen: „Der Eigentümer kann für die Zeit des Bestandes der Eigentümerhypothek Zinsen von der Hauptsumme nicht fordern". Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt. Man erwog, „daß der betreffende Antrag auf der Ansicht beruhe, das in Rede stehende Recht des Eigentümers sei seinem Wesen nach nicht eine Art Hypothek, sondern das abstrakte Recht, die Zahlung eines bestimmten Geldbetrages aus dem Grundstück zu fordern und über die Stelle der bisherigen Hypothek zu verfügen. Aus dieser Natur des Rechts würde es folgen, daß der Berechtigte in keinem Falle Zinsen fordern könne". „Indessen", so führte man aus, „müsse die Richtigkeit der Konstruktion des hier fraglichen Rechts bestritten werden." Wie üblich, geben die Protokolle selbst keine Konstruktion, sondern sie begründen ihre Entscheidung mit Zweckmäßigkeitserfordernissen. Aber auch so dürfte diese Stelle nicht gerade gegen unsere Ansicht sprechen.

Nun wird gegen die Auffassung, daß die Eigentümerhypothek ein hypothekarisches Recht sei, vor allem auch geltend gemacht, daß gemäß § 1197 BGB. der Eigentümerhypothekar nicht die Zwangsversteigerung in sein Grundstück betreiben könne, ihm also eines der wichtigsten Rechte eines Hypothekengläubigers fehle.[11])

Gemäß § 1197 Abs. 2 gebühren auch dem Eigentümerhypothekar Zinsen nur für die Dauer einer auf Antrag eines anderen eingetretenen Zwangsverwaltung.

Diese Beschränkungen der Rechte des Eigentümerhypothekars folgen aber durchaus nicht ohne weiteres aus der Natur der Eigentümerhypothek.[12]) Vielmehr werden wir in § 1197 BGB. eine

---

[9]) Planck Bem. 2 zu § 1199, 2 Vorbem. 2c S. 513, Bem. 3b zu § 1177.

[10]) Prot. Bd. 3 S. 611.

[11]) So Puntschart, Festschr. S. 140.

[12]) vgl. Enneccerus S. 505.

positivrechtliche Bestimmung zu sehen haben, die besonders auf wirtschaftlichen Erwägungen beruhen dürfte.[13]) Der Eigentümer könnte mit der Zwangsvollstreckung den Zweck verfolgen, „sein Grundstück für einen möglichst geringen Preis wiederzuerstehen und durch die Zwangsversteigerung die nachfolgenden Rechte zum Erlöschen zu bringen".[14]) Das hielt die Redaktionskommission mit Recht für eine mißbräuchliche Anwendung der Befugnis zur Zwangsversteigerung. So versagte man dem Eigentümer diese Befugnis.

Wir müssen daran festhalten, daß der Eigentümerhypothekar begrifflich sämtliche Befugnisse eines Hypothekengläubigers hat. Nur in ihrer Ausübung ist er kraft positiver Vorschrift in einzelnen Fällen so lange gehindert, wie die Vereinigung von Eigentum und Hypothek andauert. Wird die Vereinigung aufgehoben, so treten diese Befugnisse sofort vollwirksam hervor.[15]) So erzeugt auch die Abtretung einer Eigentümerhypothek nicht neue Rechte, sondern beseitigt nur die Hindernisse, die der vollen Geltendmachung des Rechts entgegenstanden.[16])

Man wird also jedenfalls nach den Vorschriften des Gesetzes in der Eigentümerhypothek eine Belastung des Grundstücks sehen müssen, und zwar von der Art, daß der Eigentümer wie jeder andere hypothekarische Gläubiger bei der Zwangsversteigerung zu berücksichtigen ist, eine Belastung, deren Hauptzweck allerdings darin besteht, die nachstehenden Hypothekengläubiger am Aufrücken zu verhindern. Es sind, wie Horn sagt, in der Hauptsache dem Eigentümer nur die „negativen, defensiven" Befugnisse gewährt.[17])

Nimmt man selbst an, daß die Eigentümerhypothek ihrem subjektiven Bestande nach lediglich Eigentumsbestandteil, ein „Teilinhalt des Eigentums" ist,[18]) so muß man doch anerkennen, daß

---

[13]) Fuchs Bem. 2 zu § 1197 und Bem. 4a zu § 1163; Dümchen in Iherings Jahrb. Bd. 54 S. 463.

[14]) Prot. Bd. 3 S. 573.

[15]) vgl. Dernburg Bd. 3 S. 727; Brinck S. 170/71; Horn S. 80.

[16]) Biermann Erl. zu § 1197; Planck Anm. 3b zu § 1177, Anm. 2 u. 3 zu § 1197.

[17]) Horn S. 49; Fuchs Vorbem. 4a S. 520.

[18]) Gierke Bd. 2 S. 922; vgl. auch Puntschart, Festschr. S. 106 ff.

dieser angebliche Eigentumsbestandteil verselbständigt ist. Es ist selbst nach dieser Anschauung die Eigentümerhypothek objektiv, und darauf kommt es hauptsächlich an, ein begrenztes dingliches Recht. Sie bildet einen selbständigen Vermögensgegenstand, der getrennt von dem Eigentum seine eigenen Wege geht.[19])

Aber auch die Anschauung, daß die Eigentümerhypothek wenigstens „subjektiv" Eigentum sei, müssen wir ablehnen, und zwar im wesentlichen aus denselben Gründen wie die Auffassung der Eigentümerhypothek als Eigentumsbefugnis überhaupt. Wenn in den Protokollen[20]) u. a. erwähnt wird, daß der Eigentümer das, was er bei der Zwangsversteigerung erhält, nicht als Befriedigung erhalte, „weil ihm nicht etwas geleistet werde, was bisher außerhalb seines Vermögens war", so spricht das noch nicht ohne weiteres gegen uns. Es beweist noch lange nicht, daß der Eigentümer das, was er erhält, infolge seiner Stellung als Eigentümer erhält. Das erhält er vielmehr auf Grund seines Sonderrechts. Das Recht auf den Anfall einer Eigentümerhypothek mag, wie Horn sagt, „aus dem Eigentumsrecht emanieren".[21]) Damit ist aber die Eigentümerhypothek noch nicht selbst Eigentum.

§ 17.

e) Die Stellung der Rechtsprechung zur Frage nach der rechtlichen Natur der Eigentümerhypothek.

Auch die Rechtsprechung hat sich für die dingliche Natur der Eigentümerhypothek entschieden. Bedeutung hat in dieser Frage vor allem die Entscheidung des Kammergerichts v. 14. 12. 1903 erlangt.[1])

Das Kammergericht gibt hier eine allgemeine Begriffsbestimmung der Eigentümerhypothek dahin, daß die Eigentümerhypothek als „hypothekengleiche Belastung des Grundstücks[2]) aufzufassen sei, die in ihren rechtlichen Wirkungen

[19]) Kretzschmar 2 zu § 1163.

[20]) Prot. Bd. 3 S. 723.

[21]) Horn S. 55.

[1]) KGJ. Bd. 27 A S. 128 ff. = EntschFG. Bd. 4 S. 118 ff. = Rspr. d. OLG. Bd. 8 S. 143 f.

[2]) vgl. auch Kretzschmar Bem. 2 zu § 1163.

von einer wirklichen Hypothek nur insoweit abweiche, als das Nichtbestehen einer Forderung und die Identität des Eigentümers mit dem Gläubiger es erfordere". Das Kammergericht stützt sich dabei auf § 1177 BGB., nach dem sich die Hypothek, wenn sie sich mit dem Eigentume in einer Person vereinigt, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, in eine Grundschuld verwandelt, in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit und des Zahlungsortes jedoch die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend bleiben. Diese Vorschrift aber, so schließt das Kammergericht weiter, finde auf alle Fälle der Eigentümerhypothek, namentlich auf §§ 1163 Abs. 1 u. 2, 1168 Abs. 1 und 1170 Abs. 2 Anwendung und enthalte sonach eine allgemeine Begriffsbestimmung der Eigentümerhypothek in dem Sinne, wie sie oben bereits angeführt wurde.

Insoweit nun daraus hervorzugehen scheint, daß das Kammergericht unter der Eigentümerhypothek ein Mittelding zwischen Grundschuld und Hypothek zu verstehen scheint, macht Böhm wohl mit Recht geltend, daß diese Anschauung dem Gesetz nicht entspreche.[3]) Auch in den Protokollen[4]) finden wir den Gedanken ausgesprochen, daß die Eigentümerhypothek in ihrem Wesen der Grundschuld gleichsteht.

Dementsprechend definiert das Reichsgericht[5]) jetzt die Eigentümerhypothek als „eine Belastung des Grundstücks, ebenso wie die gewöhnliche Grundschuld, nur mit dem Unterschiede, daß sie nicht einem Dritten, sondern dem Eigentümer selbst zusteht, und daß gemäß § 1177 Abs. 1 Satz 2 BGB. für sie in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsortes die Bestimmungen, die für die durch die Hypothek gesicherte Forderung getroffen wurden, maßgebend sind".[6])

---

[3]) Recht 1905 S. 515 ff.

[4]) Prot. Bd. 3 S. 722.

[5]) Entsch. d. RG. Bd. 70 S. 253 ff.

[6]) vgl. auch Komm. d. RGRäte Bem. 3 zu § 1177.

2. Die Eigentümerhypothek bei mangelnder dinglicher Einigung.

§ 18.

a) Vorbemerkung.

Nachdem wir die Rechtsnatur der Eigentümerhypothek klargestellt haben, wollen wir die Bedeutung dieser Feststellung für die Praxis an der Streitfrage, ob eine Eigentümerhypothek auch beim Fehlen der dinglichen Einigung entstehen kann, nachweisen und diese Frage zu entscheiden versuchen.

In den Fällen, in denen der Eigentümer eine Eigentümerhypothek durch Wegfallen einer Gläubigerhypothek erwirbt, wird diese Frage nicht so praktisch werden, da in diesen Fällen in der Regel eine Einigung stattgefunden haben muß, da ohne sie das Gläubigerrecht gar nicht hätte entstehen können. Anders jedoch in den Fällen, in denen ein Eigentümerrecht von vornherein entsteht, ohne des Durchgangs durch den Gläubiger zu bedürfen.

In diesen Fällen erscheint die Forderung, daß sich der Eigentümer erst noch mit einem Gläubiger einige, der die Hypothek schließlich gar nicht erwirbt, auf den ersten Blick allerdings ziemlich merkwürdig.

Besonders kommt hier der Fall des § 1163 BGB. Satz 1 in Betracht. In diesem ist das Bürgerliche Gesetzbuch über das preußische Recht hinausgegangen. Das Fehlen der Forderung ist heute ein Grund für die Entstehung einer Eigentümerhypothek, während es im preußischen Recht noch ein Hindernis war.

Zur Begründung einer Hypothek ist gemäß § 873 BGB. Einigung und Eintragung erforderlich. Zur Eintragung genügt eine einseitige Willenserklärung des Eigentümers. Die Einigung kann somit der Eintragung nachfolgen.

Gemäß § 1113 Abs. 2 BGB. kann eine Hypothek auch für eine künftige Forderung bestellt werden.

Gelangt die Forderung nicht zur Entstehung, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu.

Ob die Hypothek aber gültig bestellt sein muß oder die Eintragung allein genügt, darüber läßt sich das Gesetz direkt nicht aus. Nun kann aber eine Forderung auch deswegen nicht entstanden sein, weil der eingetragene Gläubiger gar nichts von der Beleihung wissen wollte und überhaupt jedes Übereinkommen abgelehnt hat.

Wenn auch diese weite Auslegung von § 1163 Abs. 1 S. 1 zweifelhaft ist, so muß man doch zugeben, daß der Wortlaut an und für sich nicht unbedingt dagegen spricht.

Eine positive Vorschrift, die das Erfordernis der Einigung für die Eigentümerhypothek im Gesetzbuch aufstellt oder verneint, ist nirgends zu finden. Hat weder der Eigentümer noch der Gläubiger irgend eine Erklärung abgegeben, ist also die Eintragung rein zufällig erfolgt, so wird wohl von keiner Seite das Entstehen einer Eigentümerhypothek angenommen.[1])

In Betracht kommt nur der Fall, daß der Eigentümer zwar eine Erklärung abgegeben hat, diese aber nicht von einer entsprechenden des Gläubigers erfaßt worden ist, sei es, weil der Gläubiger überhaupt keine Einigungserklärung abgegeben hat, sei es, daß sie etwa nichtig ist, weil sie nur zum Schein erfolgt oder angefochten worden ist.

§ 19.

b) Die Stellung der Protokolle.

Der Kommission für die 2. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuches lag ein Antrag vor: „dem Eigentümer auch dann, wenn eine eingetragene Hypothek unwirksam sei und sich die Unwirksamkeit nicht aus dem Grundbuch ergebe, das Recht zu geben, zum Betrage der unwirksamen Hypothek eine andere oder mehrere andere Hypotheken eintragen zu lassen".[1])

Dieser Antrag wurde jedoch mit der Begründung abgelehnt,

---

[1]) vgl. dazu Oberneck Bd. 2 S. 46; Fuchs Vorbem. 5b zu § 1163.

[1]) Prot. Bd. 3 S. 594.

daß eine derartige Bestimmung sich als eine „Überspannung des Prinzips der Eigentümerhypothek" darstellen würde, und daß kein praktisches Bedürfnis vorliege, die Rechte des Eigentümers in dem vorgeschlagenen Maße zu erweitern.[2])

Wenn nun Oberneck[3]) bei Gelegenheit seiner Stellungnahme gegen das Kammergericht ausführt, daß jener Antrag als eine Überspannung des Prinzips der Eigentümerhypothek nur deshalb angesehen wurde, weil nach seiner Fassung auch eine rein zufällige, etwa auf einem Versehen des Grundbuchbeamten beruhende Eintragung dem Eigentümer den Rang und Betrag der unwirksamen Hypothek den späteren Hypothekengläubigern gegenüber erhalten würde, so erscheint das m. E. nicht ganz richtig. Diese Erwägung wurde allerdings von dem Antragsteller zu 2. geltend gemacht.[4]) Es ist aber mit der Ablehnung des Antrags 1 durch die Mehrheit noch nicht gesagt, daß die von dem Antragsteller zu 2 gegen den Antrag 1 vorgebrachten Bedenken für die Mehrheit allein maßgebend gewesen sind. Das geht auch aus der Begründung nicht hervor. Die Bemerkung des Antragstellers zu 2 dürfte wohl auch nur als Beispiel aufzufassen sein, das gerade deshalb so kraß gewählt wurde, um die Inkonsequenzen des Antrags 1 besonders scharf hervortreten zu lassen.

Es war jedoch in der Kommission noch folgender Unterantrag gestellt worden:

> „Ist eine unwirksame Hypothek eingetragen, so ist, wenn nach der Eintragung Rechte an dem Grundstücke eingetragen werden, anzunehmen, daß diese Rechte mit dem in § 834 c (§ 881 BGB.) bestimmten Vorbehalte für die Eintragung einer Hypothek von dem Betrage der unwirksamen Hypothek begründet worden sind".[5])

Diese Bestimmung wurde an sich für zulässig erklärt. Man sah jedoch kein besonderes Bedürfnis zu ihrer Aufnahme ins Gesetzbuch, weil der Eigentümer bei Bestellung des späteren Rechts den Vorbehalt erklären könnte. Damit, so meinte man, sei dem

---

[2]) Prot. Bd. 3 S. 603 ff.

[3]) Oberneck Bd. 2 S. 46 ff.

[4]) Prot. S. 604.

[5]) Prot. Bd. 3 S. 603.

Verkehrsbedürfnis genügt. Nach Oberneck[6]) wurde hierbei übersehen, daß der Eigentümer bei Bestellung einer späteren Hypothek oft gar nicht weiß ob eine vorgehende Post überhaupt unwirksam werden könne. Daraufhin kann ihm jedoch entgegengehalten werden, daß der Eigentümer bei der Belastung des Grundstücks mit einer neuen Hypothek den erwähnten Vorbehalt auch an die Bedingung knüpfen kann, daß etwa vorher eingetragene Hypotheken zur Löschung gelangen.[7])

Wenn aber Oberneck[8]) daraus, daß die Kommission diesen Unterantrag im Prinzip billigte, entnehmen will, daß die Kommission auch bei Mängeln der dinglichen Einigung eine Eigentümerhypothek entstehen lassen wollte, so dürfte das zu weit gehen. Dies wurde — und daran wird man wohl festhalten müssen — mit Antrag 1 abgelehnt. Die Annahme der im Antrag 2 vorgeschlagenen Bestimmung hätte nur bewirkt, daß, falls hinter einer unwirksamen Hypothek andere Hypotheken eingetragen werden, der Eigentümer immer an der Stelle der unwirksamen Hypothek eine andere zum Betrage der unwirksamen eintragen lassen könnte, damit die nachstehenden Hypothekengläubiger nicht vorrücken, mehr nicht. Es wäre eine derartige Bestimmung nur eine Verdinglichung des Rangvorbehalts des § 881 BGB gewesen. Schließen wir uns jedoch Oberneck an, so müssen wir die wegen mangelnder Einigung unwirksame Hypothek dem Eigentümer schlechthin zuerkennen, mögen nachstehende Hypotheken vorhanden sein oder nicht. Der Eigentümer kann dann auch nicht etwa nur eine neue Hypothek eintragen lassen bezw. die Hypothek auf einen anderen übertragen, sondern die Hypothek auch als Grundschuld für sich behalten. Das ist aber viel mehr, als der Unterantrag und selbst der Antrag 1 dem Eigentümer geben wollte.

Wir müssen jedenfalls nach wie vor daran festhalten, daß der Antrag, den Eigentümer auch bei Unwirksamkeit der Hypothek über die Stelle verfügen zu lassen, als eine Überspannung des Prinzips der Eigentümerhypothek von der Kommission abgelehnt wurde.

---

[6]) Oberneck Bd. 2 S. 46; vgl. auch Fuchs Anm. 7 zu § 1163.

[7]) vgl. Entsch. d. KG. v. 17. 5. 1906, ZBlFG. Bd. 7 S. 590 ff.

[8]) Oberneck Bd. 2 S. 46.

Die Stellungnahme der Protokolle kann jedoch für uns allein nicht für maßgebend erachtet werden.

Sie sind zwar wie überhaupt alle Materialien für die Beurteilung des Gesetzes von großer Bedeutung, aber sie sind schließlich doch kein Gesetz. Nur auf dieses kommt es an. Die Materialien verlieren ihren Wert, sobald sich eine andere Auffassung im Gesetz vorfindet oder wenigstens aus den einzelnen Bestimmungen des Gesetzes entnehmen läßt. Das zu untersuchen wird hier also zunächst unsere Aufgabe sein.

§ 20.

c) Die Vorschriften des Gesetzes, insbesondere die einzelnen Fälle der Eigentümerhypothek im Bürgerlichen Gesetzbuch ergeben nicht ausdrücklich, daß das Bürgerliche Gesetzbuch eine Eigentümerhypothek auch bei fehlender dinglicher Einigung entstehen lassen will.

Man[1]) will das Entstehen einer Eigentümerhypothek trotz mangelnder Einigung schon aus dem Wortlaut des Gesetzes entnehmen. Dieses verlange nur, daß die Forderung nicht entstanden oder erloschen, der Brief nicht übergeben, die Hypothek aufgegeben, das Gläubigerrecht ausgeschlossen sei. Davon jedoch, daß die Hypothek als solche gültig bestellt sein müsse, sei im Gesetz nirgends die Rede. Aus § 1163 Abs. 1 will Fuchs entnehmen, „daß, wenn die Forderung nicht entstanden ist, der Eintritt der Eigentümerhypothek durch die Unwirksamkeit der dinglichen Belastung nicht beeinträchtigt ist", und aus § 1163 Abs. 2, „daß, auch wenn die Forderung gültig besteht, der Fall der Eigentümerhypothek gegeben ist, sobald der Gläubiger das dingliche Recht nicht erworben hat".

Es dürfte jedoch den Folgerungen, die Fuchs aus dem Wortlaut der §§ 1163 ff. zieht, nicht beizustimmen sein. In dem Wortlaut des Gesetzes ist allerdings, wie Fuchs ganz richtig bemerkt, davon, daß zur Entstehung der Eigentümerhypothek die Hypothek selbst gültig bestellt sein muß, nichts enthalten.

---

[1]) vgl. Fuchs Vorbem. 5 zu § 1163; Kindel, Festgabe S. 102.

Das Gesetz kann aber auch kaum von einer gültigen Hypothek sprechen.[2]) Es bestimmt ja gerade, daß in den Fällen, in denen der Gläubiger infolge des Nichtentstehens der Forderung oder infolge der Nichtübergabe des Briefes die Hypothek nicht erwirbt oder infolge Erlöschens der Forderung ... verliert, die Hypothek an den Eigentümer fällt. „Das Nichtvorhandensein einer gültigen Gläubigerhypothek ist also gerade hier", wie Planck mit Recht bemerkt, „eine Vorbedingung für den Erwerb der Eigentümerhypothek".

Nun sollen aber[3]) die anderen Fälle der Eigentümerhypothek ausdrücklich ergeben, daß das Gesetz die Rechtsbeständigkeit des dinglichen Vertrags keineswegs als Erfordernis der Eigentümerhypothek aufgestellt hat.

Man beruft sich hier vor allem auf die Fälle der §§ 1168 und 1169 BGB., in denen angeblich eine Eigentümerhypothek trotz ungültiger Hypothekenbestellung entstehen könne. Daraus will man schließen, daß auch § 1163 keine Einigung verlangt. Es habe, so sagt Fuchs,[4]) um so weniger Sinn, einen rechtsbeständigen dinglichen Vertrag zu verlangen, als das Gesetz selbst die Eigentümerhypothek ohne Vertrag entstehen lasse.

Nach § 1169 BGB. kann der Eigentümer, wenn ihm eine Einrede zusteht, durch welche die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausgeschlossen wird, von dem Gläubiger den Verzicht auf die Hypothek verlangen. Er erwirbt diese dann nach § 1168 als Eigentümerhypothek. Scheinbar meint man nun,[5]) daß dem Eigentümer bei Ungültigkeit der Hypothekenbestellung eine Einrede im Sinne von § 1169 BGB. allein gegen die Sachhaftung zusteht, auf Grund deren er von dem Gläubiger den Verzicht auf die Hypothek erzwingen könne. Der Eigentümer könnte sich dann immer die Eigentümerhypothek auf Grund der §§ 1168, 1169 verschaffen.

Wenn man aber bei Ungültigkeit der Hypothekenbestellung eine Einrede im Sinne von § 1169 BGB. gegeben sehen sollte, so muß

---

[2]) vgl. dazu Planck Bem. 2 zu § 1163; Burchhard S. 28ff.

[3]) vgl. Fuchs S. 667; Kindel, Festgabe S. 103.

[4]) Fuchs Bd. 2 S. 667.

[5]) Kindel, Festgabe S. 103.

dem widersprochen werden. Der Begriff der Einrede als eines „Rechts, eine geschuldete Leistung zu verweigern“, fordert, daß ein Anspruch an und für sich besteht.[6]) Um eine Einrede gegen die Hypothek zu haben, muß demgemäß die Hypothek vor allem rechtsgültig bestehen. Macht man dagegen gegen den Gläubiger die Ungültigkeit der Hypothekenbestellung geltend, so ist dies das Vorbringen einer rechtshemmenden Tatsache, einer Einwendung.[7]) Einwendungen fallen aber nicht unter § 1169 BGB. Dort ist nur von peremtorischen Einreden, die dem Eigentümer gegen den Gläubiger zustehen, die Rede. Diese können Einreden sowohl aus der persönlichen Forderung als auch aus dem dinglichen Vertrage sein.[8]) Es bleiben aber immer Einreden. Das Anwendungsgebiet des § 1169 dürfte somit ein ziemlich begrenztes sein.[9]) Der Eigentümer kann sich im Falle einer ungültigen Hypothekenbestellung nicht auf jeden Fall im Wege der §§ 1168, 1169 eine Eigentümerhypothek verschaffen. So bemerkt auch Eck[10]) bei Erörterung dieser Frage: „Der Gesetzgeber wollte nicht in Fällen, wo eine Hypothek von vornherein nichtig ist, diese als Eigentümerhypothek dem Grundeigentümer zufallen lassen.“

Nun beruft man[11]) sich noch mehrfach auf die §§ 868 u. 932 ZPO. In § 868 weist das Gesetz die Hypothek dem Eigentümer zu, wenn sich nach Eintragung einer Zwangshypothek herausstellt, daß eine der Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung gefehlt hat und deshalb die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt worden ist. Das gleiche gilt von der Arresthypothek.

Es entsteht also hier eine Eigentümerhypothek trotz Ungültigkeit der Gläubigerhypothek.

---

[6]) Fischer-Henle Anm. 6 zu § 202 BGB.; Mot. Bd. 1 S. 359; vgl. auch Bruck S. 189.

[7]) vgl. auch Fuchs Bem. 7 zu § 1169; Planck Bem. 2 zu § 1169.

[8]) vgl. dazu Endemann § 116 Anm. 13; Planck 5 zu § 1169; Bruck S. 189; and. M. Böhm S. 251 N. 3.

[9]) Biermann zu § 1169; Fuchs Bem. 7c zu § 1169.

[10]) Eck, Vortr. S. 209.

[11]) Oberneck in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 239; Dernburg, Bürgerl. R. Bd. 3 S. 648 Anm. 3 § 221 Ziff. 2.

Man wird jedoch in diesen Fällen mit Horn[12]) Ausnahmen, ausdrückliche Sonderbestimmungen, zu erblicken haben,[13]) die nicht ohne weiteres zu verallgemeinern sind.

§ 21.

d) Heranziehung von § 1196 BGB.

Von weit größerer Bedeutung als diese Versuche, aus den einzelnen Fällen der Eigentümerhypothek herauszulesen, daß das Gesetz für die Eigentümerhypothek eine rechtsgültige Bestellung der ihr zugrunde liegenden Hypothek nicht erfordere, ist die Ansicht derjenigen Schriftsteller, die sich bei Entscheidung der Frage auf § 1196 BGB. berufen.

Ausgehend von dem Gedanken, daß die Eigentümerhypothek eigentlich eine Eigentümergrundschuld[1]) sei, machen sie geltend, daß somit auch die Erfordernisse, die zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld erfüllt sein müssen, für die Eigentümerhypothek genügen müßten.[2]) So sagt z. B. Fuchs, „daß aus dem Wesen der Eigentümerhypothek folge, daß die sogen. Hypothek, in welche der Eigentümer einrücken solle, nur den Kern einer rechtsbeständigen Grundschuld und nichts mehr als diesen enthalten müsse". „Man könnte, wenn dem Gedanken des Gesetzes nicht Gewalt angetan werden solle, die Eigentümerhypothek nur von den Existenzbedingungen abhängig machen, die für die Existenz der Eigentümergrundschuld als erfüllt verlangt werden."[3])

Die Eigentümergrundschuld verlangt aber nach § 1196 BGB. nur die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß die Grundschuld für ihn eingetragen werden solle, und die Eintragung.

Eine Eintragung ist in unserem Falle vorhanden. Allerdings lautet sie auf den Gläubiger. Darin braucht man indessen noch

---

[12]) Horn S. 73.

[13]) vgl. auch Staudinger 1a zu § 1163.

[1]) § 1177 BGB.

[2]) Fuchs Bem. 5b zu § 1163; Schilde S. 32ff.; Oberneck Bd. 2 S. 44ff.; Bruck S. 167ff.

[3]) Bruck S. 166/67.

nicht unbedingt ein Hindernis für den Erwerb der Eigentümerhypothek zu sehen, falls nur das Gesetz es zuläßt. Auch in dem Falle des Nichtentstehens der Forderung (§ 1163 Abs. 1 Satz 1) erwirbt der Eigentümer die Hypothek, trotzdem sie auf den Gläubiger eingetragen ist,[4]) allerdings auf Grund einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift.

Läßt man also die Eintragung gelten, so fehlt noch die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt, daß eine Grundschuld für ihn eingetragen werden soll. Diese Erklärung aber sei, so meint man, in jeder Erklärung, für einen anderen eine Hypothek zu bestellen, schon enthalten. Nach Oberneck liegt in jeder Bestellung einer Grundkreditbelastung für einen Dritten zugleich die Bestellung einer Eigentümergrundschuld. Diese Ansicht geht wohl auf eine Äußerung der Protokolle zurück.[5])

Wenn eine Hypothek begründet werde, so heißt es dort, liege darin zugleich die Bestellung einer Eigentümerhypothek. Dieser von den Protokollen ausgesprochene Gedanke kehrt verschiedenfach in der Literatur wieder. Ist man doch sogar so weit gegangen, in der Eintragung einer jeden Hypothek die Eintragung eines „Rechtes mit zwei Berechtigten"[6]) oder auch „die Eintragung zweier Rechte" zu erblicken, „die des Hypothekenrechts und die des durch die Bindung an die Rangstelle aus der Gesamtheit der Befugnisse ausgeschiedenen Eigentums",[7]) eine Auffassung, die dem Sinn und Wortlaut des Gesetzes sicher nicht entspricht.[8])

Man wird aber die Äußerung der Protokolle, besonders auch in dem Zusammenhange, wie wir sie finden, nur dahin verstehen können, daß jede Hypothek an und für sich die Möglichkeit in sich trägt, einmal zu einer Eigentümerhypothek zu werden. Die Ansicht, daß in jeder Hypothekenbestellung zugleich die „Bestellung einer eventuell zur Geltung kommenden Eigentümerhypothek implizite enthalten sein" solle,[9]) dürfte wohl sicher zu weit gehen.

---

[4]) vgl. Kindel S. 33; Biermann Bem. 6 zu § 1163.

[5]) Prot. S. 609.

[6]) BayrObLG. v. 23. 6. 1905; im Recht 1905 S. 432 N. 1753.

[7]) vgl. Güthe, GBO. Bd. 2 S. 1577.

[8]) vgl. auch Planck 4c zu § 1163.

[9]) Schilde S. 31.

Wir werden jedenfalls Schilde und den anderen Anhängern dieser Ansicht nicht beistimmen können, wenn sie der Meinung sind, daß im Falle mangelnder Einigung die Hypothek unmittelbar mit der Eintragung auf Grund der gültigen Eintragungsbewilligung des Eigentümers als Eigentümerhypothek wirksam entstanden ist.[10]) Man wird, wie auch das Reichsgericht ausführt,[11]) „einer dem wahren Willen des Eigentümers entsprechenden Erklärung, ein hypothekarisches Recht für einen anderen zu begründen, nicht eine dem wahren Willen zuwiderlaufende Erklärung, ein hypothekarisches Recht anderer Art für sich selbst an eigener Sache zu begründen, unterstellen können".

Der Eigentümer wollte eine Hypothek bestellen und hat dementsprechend die Eintragungsbewilligung auch auf eine Hypothek für einen Dritten abgegeben. In einem derartigen Falle kann aber eine Belastung des Grundstücks nur entstehen, wenn die Erfordernisse des § 873 BGB. erfüllt sind. Andernfalls würde bei jeder Bestellung einer Hypothek mit nachfolgender Einigung eine Belastung schon mit der Eintragung eintreten. Das widerspricht aber dem allgemeinen Grundsatz des § 873 BGB. § 1196 BGB. ist als eine für die originäre Eigentümergrundschuld bestimmte Ausnahme von dem allgemeinen Prinzip des § 873 anzusehen,[12]) eine Ausnahme, die ihre Berechtigung aus der Natur der Einigung herleitet,[13]) die begrifflich das Zusammenwirken zweier Personen erfordert. Im allgemeinen kommt aber eine Belastung des Grundstücks sowohl mit einer Hypothek als auch mit einer Grundschuld erst zustande, wenn die Einigung zu der Eintragung hinzugetreten ist. Gerade die für die Grundschuld noch ausdrücklich getroffene Sonderbestimmung des § 1196 BGB. dürfte dafür sprechen, daß eine Bestellung der Eigentümerhypothek von vornherein, wie sie bei Wegfall des Erfordernisses der dinglichen Einigung ermöglicht würde, nicht anzuerkennen ist. Mit Recht sagt Gierke,[14]) „es wäre seltsam, wenn der Eigen=

---

[10]) vgl. Schilde S. 32.

[11]) Entsch. d. RG. Bd. 70 S. 358.

[12]) Planck Bem. 2c zu § 1163; KGJ. Bd. 27 S. 132.

[13]) Staudinger I, 2 c zu § 873.

[14]) Bd. 2 S. 927 Anm. 19.

tümer den Erfolg, für den ihm § 1196 eröffnet ist, stets auch durch Eintragung einer Hypothek auf den Namen eines fiktiven Gläubigers erzielen könnte."

Eine wegen Fehlens der Einigung nichtige Hypothek kann nicht auf Grund von § 1196 BGB. als Eigentümerhypothek fortbestehen, da den Erfordernissen des § 1196 nicht genügt ist.

§ 22.

e) Die Aufrechterhaltung einer wegen fehlender Einigung nichtigen Hypothek im Wege der Konversion ist unzuläſſig.

Einige Schriftsieller, so vor allem Bruck und Fuchs machen den Versuch, die wegen mangelnder dinglicher Einigung nichtige Hypothekeneintragung im Wege der Konversion als Eigentümergrundschuld aufrechtzuerhalten.

Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so soll nach § 140 BGB. das letztere gelten, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Den Willen, die richtige Hypothek event. als Eigentümergrundschuld zu erwerben, wird man m. E. unterstellen können. Es bleibt also festzustellen, ob die nichtige Bestellung einer Gläubigerhypothek den Erfordernissen einer Eigentümergrundschuld entspricht. Liegt die Nichtigkeit der Hypothekenbestellung an einer formell nicht rechtsgültigen Eintragung, so ist eine Konversion sicher nicht möglich.[1]) Liegt jedoch die Nichtigkeit der Bestellung darin, daß der dingliche Vertrag nicht zustande gekommen oder nichtig ist, so will man eine Konversion eintreten lassen.[2]) Die nach § 1196 Abs. 2 erforderliche Erklärung soll in der Erklärung des Eigentümers bei Bestellung der Gläubigerhypothek enthalten sein.

Demgegenüber ist jedoch zu bedenken, daß bei Bestellung einer Gläubigerhypothek, wie bereits im vorhergehenden Abschnitt erwähnt, von dem Eigentümer eine ganz andere Erklärung ab-

---

[1]) Fuchs Vorbem. 5b zu § 1163.

[2]) Fuchs Vorbem. 5b zu § 1163; Bruck S. 167.

gegeben wird als im Falle des § 1196 BGB. Die Erklärung des Eigentümers bei Bestellung der Gläubigerhypothek entspringt dem formellen Recht. Sie dient nach § 19 GBO. dazu, die materiellrechtlich erforderliche Eintragung herbeizuführen. Die Erklärung des § 1196 BGB. entspringt dem materiellen Recht. Sie tritt im Falle des § 1196 BGB. an die Stelle der Einigung.

In § 1196 wird fernerhin noch besonders hervorgehoben, daß die Erklärung des Eigentümers „gegenüber" dem Grundbuchamte zu erfolgen, und daß die Erklärung dahin zu gehen hat, daß eine Grundschuld für ihn eingetragen werden soll. Die Eintragungsbewilligung des Eigentümers war aber darauf gerichtet, für einen Dritten ein hypothekarisches Recht zu bestellen, also auf etwas ganz anderes als auf die Bestellung einer Grundschuld für ihn selbst.

Alle diese Erwägungen zeigen, daß in beiden Fällen zwar nur eine Erklärung des Eigentümers vorliegt. Diese Erklärungen sind jedoch in jeder Beziehung voneinander verschieden.[3]) Die Erklärung des § 1196 ist nicht in der Eintragungsbewilligung enthalten. Eine Konversion erscheint nicht angängig.

Selbst für den Fall, daß der wirkliche Wille ausdrücklich auf die Bestellung einer Eigentümergrundschuld gerichtet war, die Erklärung jedoch dahin ging, eine Hypothek für einen anderen zu bestellen, hat das Reichsgericht[4]) mit Recht die Entstehung einer Eigentümergrundschuld abgelehnt, weil dieser Wille nicht zum Ausdruck gekommen ist und „nur eine Erklärung des Willens in der Form des § 1196 zur Begründung einer Eigentümergrundschuld führt". Auch in diesem Falle erscheint dem Reichsgericht eine Konversion aus den obenerwähnten Gründen nicht möglich.

Oberneck[5]) und Schilde[6]) weisen nun darauf hin, daß der Eigentümer die nach § 1196 Abs. 2 erforderliche Erklärung jeder-

---

[3]) vgl. Planck 2 zu § 1163; Gierke S. 926 Anm. 29; Biermann 6 zu § 1163; Entsch. d. RG. Bd. 70 S. 358 ff.; Komm. d. RGRäte Bem. 2 zu § 1163; EntschFG. Bd. 4 S. 118 = Rspr. d. OLG. Bd. 8 S. 144.

[4]) Entsch. d. RG. Bd. 70 S. 359.

[5]) Oberneck in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 239; Oberneck, RGR. Bd. 2 S. 45.

[6]) Schilde S. 32.

zeit auch nach der Eintragung abgeben könne. Das hat vor allem für den Fall Bedeutung, daß überhaupt keine Einigungserklärungen vorliegen. Mit der nachträglichen Abgabe der Erklärung, die Hypothek auf seinen Namen umschreiben zu lassen, erfüllt der Eigentümer nach Bruck[7]) die Existenzbedingungen für die Eigentümergrundschuld. Mit der Erklärung soll dann der Eigentümer die Hypothek mit dem Range der Eintragung erwerben. Schilde[8]) will in § 879 Abs. 2 BGB. eine Bestätigung seiner Ansicht finden.

Insoweit Oberneck und Schilde hierbei die alte Eintragung benutzen und demgemäß den Rang des entstehenden Eigentümerpfandrechts durch die alte Eintragung bestimmt sein lassen wollen, kann ihnen nicht zugestimmt werden. Die alte auf den Gläubiger lautende Eintragung „kann nicht durch eine nachträgliche einseitige Erklärung des Eigentümers einen neuen, ihr bisher fremden Inhalt erhalten".[9])

§ 23.

f) Die Frage läßt sich positiv nur aus dem Wesen und der rechtlichen Natur der Eigentümerhypothek heraus entscheiden.

Oberneck[1]) bezeichnet selbst einmal die Versuche, eine wegen Fehlens der Einigung nichtige Hypothek auf Grund von § 1196 BGB. als Eigentümerhypothek bezw. Eigentümergrundschuld aufrechtzuerhalten, als zweifelhafte Interpretationen des Gesetzes, deren man nicht bedürfe, wenn man seiner Theorie über die Eigentümerhypothek folge. Von ihr ausgehend gelangt nämlich Oberneck ohne weiteres dazu, eine Eigentümerhypothek bei Mangel der dinglichen Einigung zuzulassen. Er hält die entsprechende Anwendung des § 1163 BGB. für geboten, da gerade durch das Institut der Eigentümerhypothek die Bindung an den festen Rang erzielt werden solle. Wir haben jedoch das von Oberneck[2]) vertretene System der festen Stellen und seine Wertteilstheorie für das

[7]) Bruck S. 168.
[8]) Schilde S. 32.
[9]) Gierke S. 927 Anm. 29.
[1]) Oberneck in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 329.
[2]) Oberneck, Grundbuchrecht Bd. 2 S. 43 ff.

Bürgerliche Gesetzbuch abgelehnt und müssen das infolgedessen auch mit der Entscheidung unserer Streitfrage durch ihn tun, ohne im einzelnen darauf näher eingehen zu brauchen.

In einem aber müssen wir mit Oberneck übereinstimmen, nämlich, daß die Frage sich positiv nur aus dem Wesen und der rechtlichen Natur der Eigentümerhypothek heraus entscheiden läßt. Je nach der Stellungnahme zu dem Wesen der Eigentümerhypothek wird diese Entscheidung verschieden ausfallen.

Sieht man in der Eigentümerhypothek Eigentumsbefugnis, Entlastung des Grundstücks, so wird man wohl das Erfordernis der Einigung verneinen.

Nach diesen Theorien entsteht eine Eigentümerhypothek ja schon dann, wenn die Eintragung der Hypothek rechtsgültig erfolgt ist. Schon dadurch wird das Eigentumsrecht in seiner besonders ausgeprägten Gestalt als Ausschließungsrecht verselbständigt und besonders kenntlich gemacht.

Sieht man das Prinzip der festen Stellen im Gesetz verwirklicht, so wird man beim Nichtvorhandensein einer direkten Gegenvorschrift die Eigentümerhypothek auch im Falle mangelnder dinglicher Einigung eintreten lassen.

§ 24.

g) Die Eigentümerhypothek setzt als dingliches Recht eine gültige Hypothekenbestellung voraus.

Nach unserer Auffassung ist die Eigentümerhypothek ein dingliches Recht, Belastung des Grundstücks. Das Prinzip der festen Stellen und die Wertparzellentheorie ist von uns ausdrücklich abgelehnt worden. Wie wir festgestellt haben, gilt im Bürgerlichen Gesetzbuch immer noch der Grundsatz von der Haftung des ganzen Grundstücks und dementsprechend das Dogma vom Aufrücken der Nachhypothekare. Um dieses in einzelnen Fällen unbillige Vorrücken zu verhindern, gibt das Gesetz dem Eigentümer die für den Gläubiger wegfallende oder nicht entstandene Hypothek.

Es läßt den Eigentümer in die Belastung, die ursprünglich für einen anderen bestimmt war, einrücken. Eine Eigentümerhypothek kann von vornherein nicht begründet werden.

Gemäß § 873 BGB. entsteht eine Belastung nur mit Einigung und Eintragung.

Für einzelne Fälle hat das Gesetz allerdings bestimmt, daß ein hypothekarisches Recht auch schon mit der einseitigen Erklärung des Eigentümers zustande kommen soll, die in diesen Fällen die Einigung ersetzt (§§ 1188, 1195, 1196 BGB.). Das sind jedoch immer Fälle, in denen die Einigung, die begrifflich das Vorhandensein zweier Personen erfordert, unmöglich ist, weil der andere Teil fehlt oder unbekannt ist.

Für die Eigentümerhypothek ist vom Gesetz eine dem § 1196 BGB. entsprechende Vorschrift nicht getroffen worden, trotzdem auch hier ein anderer Teil eigentlich nicht vorhanden ist. Daraus ergibt sich zur Genüge, daß eine Eigentümerhypothek immer nur im Wege des Einrückens des Eigentümers in eine Grundstücksbelastung eintritt.

Geht man von diesen Gesichtspunkten aus, so muß man für das Einrücken des Eigentümers zum mindesten das Vorhandensein einer Belastung verlangen.[1]) In etwas, was gar nicht besteht, kann auch der Eigentümer nicht einrücken.

Wird aber für einen Dritten eine Hypothek eingetragen, ohne daß eine Einigung erfolgt ist, und kommt die Einigung nicht zustande oder ist sie nichtig, so ist weder eine Hypothek noch eine Grundschuld, noch überhaupt eine Belastung des Grundstücks entstanden.[2]) Eine Belastung des Grundstücks kann in diesem Falle erst mit der nachfolgenden Einigung entstehen. Ist aber keine Belastung des Grundstücks vorhanden, so kann auch der Eigentümer nicht einrücken. Der Eigentümer kann also eine Eigentümergrundschuld immer erst erwerben, wenn die Einigung über die Hypothek zustande gekommen ist.[3]) „Es kann nicht des-

---

[1]) vgl. auch Fuchs Vorbem. 5c zu § 1163; Predari S. 225.

[2]) vgl. Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 45 S. 456; Gierke Bd. 2 S. 926; Jahrb. d. deutschen Rechts 1910 Bem. 3 zu § 1163; Entsch. d. RG. Bd. 68 S. 101 und Z. d. DNotV. 1909 S. 406.

[3]) And. M. scheinbar Endemann Bd. 2 S. 743.

halb", wie das Reichsgericht treffend sagt, „weil für die Entstehung oder das Bestehenbleiben des hypothekarischen Rechts in der Art, wie es eingetragen ist, eine weitere Voraussetzung fehlt, ein anderes hypothekarisches Recht an seine Stelle treten".[4])

Selbst in den Fällen des § 1163 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 hat die Eigentümerhypothek immer noch ihren Entstehungsgrund in einer Hypothek. Deshalb muß man für sie das Bestehen einer dinglichen Belastung verlangen.[5]) Diese ist eine Voraussetzung der Eigentümerhypothek. Darin liegt der Hauptunterschied zu § 1196. Dort entsteht die dingliche Belastung von selbst in der Eigentümergrundschuld. In § 1163 ist die dingliche Belastung vorhanden und wird auf Grund der gesetzlichen Bestimmung zur Eigentümerhypothek bezw. zur Eigentümergrundschuld, weil sie zur Gläubigerhypothek nicht werden konnte und ihr Wert dem Eigentümer erhalten bleiben soll. Damit soll nicht etwa gesagt sein, daß die Eigentümerhypothek im Falle des § 1163 Abs. 1 Satz 1 erst dann entsteht, wenn die Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist, wie es z. B. Lange[6]) und Horn[7]) bei der bedingten Forderung annehmen. Man wird wohl § 1163 Abs. 1 Satz 1 im Hinblick auf § 1163 Abs. 2 so verstehen müssen, daß mit der Begründung einer Hypothek für eine künftige Forderung sofort eine Eigentümerhypothek entsteht, die allerdings resolutiv bedingt ist durch das Entstehen der Forderung, während die Gläubigerhypothek suspensiv bedingt ist, denn der Gläubiger erlangt ein materielles Hypothekenrecht erst mit dem Entstehen der Forderung. Gerade das spricht aber auch dafür, daß § 1163 Abs. 1 Satz 1 eine sonst rechtsgültige Hypothek verlangt. Wenn nämlich die Gläubigerhypothek durch das Entstehen der Forderung suspensiv bedingt sein soll, so müssen alle anderen Erfordernisse einer gültigen Hypothek, also auch die Einigung, bereits vorhanden sein.

---

[4]) Entsch. d. RG. Bd. 70 S. 356.

[5]) vgl. auch Güthe § 22 Anm. 14 S. 510.

[6]) Lange S. 41.

[7]) Horn S. 82.

Auch das Kammergericht[8]) erklärt ausgehend von der Auffassung der Eigentümerhypothek als hypothekengleicher Belastung des Grundstücks, daß danach die Eigentümerhypothek ebenso wie die gewöhnliche Hypothek die gültige Bestellung der Hypothek zur Voraussetzung habe. „Zur Begründung eines Hypothekenrechtes für den Gläubiger sei aber gemäß § 873 BGB. die Einigung des Eigentümers mit dem Gläubiger über die hypothekarische Belastung des Grundstücks erforderlich. Es müsse daher die Eintragung einer Hypothek auf Grund einer solchen Einigung erfolgt sein, wenn aus ihr gegebenenfalls eine Eigentümerhypothek entstehen solle.“

Dem entspricht auch die Fassung der Rechtssätze. Das Gesetz führt nämlich gerade diejenigen Umstände, die das Entstehen der Gläubigerhypothek hindern und die Hypothek als Eigentümerhypothek bestehen lassen, ausdrücklich an.

Damit gibt es aber, wie Planck[9]) wohl mit Recht behauptet, zu erkennen, „daß das Fehlen dieser zur Begründung des Rechts erforderlichen Momente nur den Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger hindert, daß aber alle übrigen Voraussetzungen der Entstehung des dinglichen Rechts auch für die Entstehung der Eigentümerhypothek erforderlich sind“.

§ 25.

h) Eine wegen mangelnder dinglicher Einigung unwirksame Hypothek kann auch im Wege der Analogie nicht als Eigentümerhypothek bezw. Eigentümergrundschuld aufrechterhalten werden.

Von den Gegnern unserer Auffassung wird besonders darauf hingewiesen, daß es inkonsequent sei, bei Nichtigkeit der Forderung eine Eigentümerhypothek entstehen zu lassen, während bei Nichtigkeit der Einigung die nachfolgenden Hypothekengläubiger aufrücken sollen.[1])

---

[8]) KGJ. Bd. 27 A S. 130.

[9]) Planck Bem. 2 zu § 1163.

[1]) Dernburg Bd. 3 S. 619; Fuchs Bd. 1 S. 521.

Eine derartige Regelung entspricht, so meint man, nicht den Billigkeitsrücksichten, die zur Einführung der Eigentümerhypothek geführt haben.

Da eine ausdrückliche Regelung des Falles fehle, so könnte sich doch, meint u. a. Dernburg,[2] die Praxis entschließen, auch im Falle einer nichtigen Hypothekenbestellung ein Einrücken des Eigentümers nach Analogie anzunehmen. Er weist dabei vor allem auf bei Verneinung der Frage bei der Grundschuld entstehende Schwierigkeiten hin.

Bevor wir auf die angeblichen Schwierigkeiten bei der Grundschuld eingehen, wollen wir aber einmal feststellen, ob hier die Analogie überhaupt zulässig ist.

Es werden vielfach die Fälle der nichtentstandenen Forderung und der nicht zustande gekommenen Einigung vollständig gleichgestellt.[3])

Diesem Verfahren muß jedoch widersprochen werden. § 1163 Abs. 1 Satz 1 ist gewissermaßen eine aus § 1113 Abs. 2 sich ergebende Vorschrift. Mit Einigung und Eintragung ist die Belastung des Grundstücks erfolgt. Das Entstehen der Forderung entscheidet darüber, ob der Gläubiger die Hypothek erwirbt. Mit der bloßen Eintragung ist jedoch noch keine Belastung vorhanden. Daß die Einigung der formellen Bestellung der Hypothek nachfolgen kann, beruht auf § 19 der Grundbuchordnung, wonach zur Eintragung die Eintragungsbewilligung genügt. Die Möglichkeit des Nachfolgens der Einigung entspringt also dem formellen Recht. Die Möglichkeit der künftigen Entstehung der Forderung entspringt dem materiellen Recht. Daraus ergibt sich, wie verschieden die beiden Fälle sind. Es würde schon aus diesem Grunde zu weit gehen, wollte man auf den Fall des Fehlens der Einigung § 1163 BGB. analog anwenden.

Dazu kommt noch, daß m. E. die Fälle der Eigentümerhypothek im Gesetz erschöpfend aufgezählt sind, und zwar sind sie als Ausnahmefälle von dem prinzipiellen Vorrücken der Nachhypotheken konstruiert.

---

[2]) Dernburg 2. Aufl. § 221 Ziff. 2, 3.

[3]) So auch Enneccerus S. 502.

Ausnahmevorschriften sind aber immer einschränkend zu interpretieren. Außerdem haben wir noch festgestellt, daß die Eigentümerhypothek nur durch Einrücken des Eigentümers in eine eigentlich für einen Dritten bestimmte Belastung entsteht. Aus diesem Grunde mußten wir für sie das Erfordernis der Einigung verlangen. Eine Analogie im Sinne Dernburgs würde also direkt gegen den Willen des Gesetzes verstoßen. Also ist sie unzulässig.

Aber auch der Einwurf Dernburgs,[4]) daß unsere Ansicht vollständig an der Grundschuld scheitere, kann nicht für begründet erachtet werden.

In der 4. Auflage seines Werkes stellt Dernburg die Behauptung auf, daß der Eigentümer immer in eine nichtige Grundschuld einrücken müsse. Daraus will er dann allgemein schließen, daß der Eigentümer immer in eine wegfallende Post einrückt, ohne Unterschied, ob der Grund des Wegfalls in der Hinfälligkeit der eingetragenen Forderung oder in anderen Umständen liegt.

Dernburg will also anscheinend § 1163 BGB. analog auf die Grundschuld anwenden. Dieser allgemeinen Anwendung des § 1163 wird man jedoch im Hinblick auf das Gesetz nicht zustimmen können. Nach § 1192 BGB. finden auf die Grundschuld die Vorschriften über die Hypothek entsprechende Anwendung, soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld eine Forderung nicht voraussetzt. Die Grundschuld ist begrifflich von einer Forderung unabhängig, was jedoch nicht ausschließt, daß sie eine Forderung neben sich haben kann. Ist nun diese Forderung nicht zur Entstehung gelangt oder erlischt sie, so kann eine Eigentümergrundschuld infolge von § 1192 BGB. nicht entstehen.[5]) Dagegen kann man Staudinger[6]) zustimmen, wenn er meint, daß aus dem Grundsatz, der aus § 1163 Abs. 1 Satz 2 auch für die Grundschuld abzuleiten sei, zu folgern sei, daß, soweit

---

[4]) Dernburg Bd. 3 S. 648; vgl. auch Oberneck in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 327 ff.

[5]) Gierke S. 927; Staudinger 5a u. b zu § 1192.

[6]) Staudinger 5b zu § 1192.

der Eigentümer durch Tilgung der Grundschuld selbst den Gläubiger befriedige, die Grundschuld auf ihn übergehe.[7])

Diese Entscheidung ist auch nicht so unbillig, wie es Dernburg annimmt. Ist nämlich die Forderung nicht zur Entstehung gelangt oder erloschen, so ist der Gläubiger durch die Grundschuld auf Kosten des Eigentümers ungerechtfertigt bereichert. Der Eigentümer kann somit von dem Gläubiger die Rückübertragung oder den Verzicht auf die Grundschuld verlangen und erwirbt so die Grundschuld[8]) Er hat gegen den Gläubiger einen obligatorischen Anspruch, der durch Vormerkung gesichert werden kann. Man wird also Dernburg schon darin nicht zustimmen können, daß der Eigentümer immer in eine nichtige Grundschuld einrückt, und kann somit auch seinen weiteren Schlüssen nicht folgen.

§ 26.

i) Erwägungen bezüglich der Billigkeit und des Verkehrsbedürfnisses.

Von den Gegnern unserer Auffassung wird besonders auf die angebliche Unbilligkeit und Unfolgerichtigkeit unserer Anschauung hingewiesen. Man macht, wie bereits erwähnt, geltend, es sei inkonsequent, bei Nichtigkeit der Forderung eine Eigentümerhypothek entstehen zu lassen, während bei Nichtigkeit der Einigung die nachfolgenden Hypothekengläubiger aufrücken sollen.[1]) Fuchs[2]) weist noch besonders darauf hin, daß es sich kaum erklären lassen werde, weshalb der Eigentümer bei nicht empfangener Darlehnsvaluta in die Darlehnshypothek nur einrücken solle, wenn der Gläubiger die Hypothek angenommen habe. Häufig werde sich auch nicht erkennen lassen, ob nur das Schuldverhältnis oder auch der dingliche Vertrag von Willensmängeln beeinflußt sei. Eine

---

[7]) vgl. auch Planck Anm. 4d zu § 1192.

[8]) vgl. Planck Bem. 5 zu § 1192; Staudinger Bem. 5 zu § 1192; Gierke Bd. 2 S. 927; Fischer-Henle Anm. 1 zu § 1192; Turnau-Förster Bem. 5 zu § 1192; vgl. zu dieser Frage auch die sehr bekämpfte Entscheidung des RG. Bd. 60 S. 251.

[1]) Dernburg Bd. 3 S. 619.

[2]) Fuchs Bd. 1 S. 521.

weitere Schwierigkeit liegt nach Fuchs noch darin, daß die Einigung der Eintragung nachfolgen kann, ohne daß hierfür zeitlich eine Grenze gesetzt ist. Wenn man also die Einigung für wesentlich halte, werde es schwierig sein, den Zeitpunkt festzustellen, an dem die Nachhypothekare aufrücken sollen.

Diesen Erwägungen, besonders dem zuletzt geäußerten Bedenken, kann man sich allerdings nicht ganz verschließen. Indessen, so werden wir uns fragen, ist denn das, was bei der Annahme der Gegenmeinung sich ergibt, immer ganz befriedigend und folgerichtig?!

Schon Planck[3]) hat darauf aufmerksam gemacht, daß es doch auch inkonsequent sei, wenn eine von dem Eigentümer für seinen Gläubiger bestellte Hypothek wegen mangelnder Einigung nicht von diesem, wohl aber von jenem erworben werden solle, besonders wenn man den Fall in Betracht ziehe, daß der Eigentümer, der ohne Wissen seines Gläubigers die Eintragung bewirkt habe, den nachträglichen Abschluß des dinglichen Vertrages verweigere.

Weiterhin kann man der Gegenmeinung vor allem entgegenhalten, daß man bei ihrer Annahme den Zweck, für den § 1196 vom Gesetz bestimmt ist, auf dem Umwege der Eintragung auf einen angenommenen Gläubiger erreichen würde. Es ist nun nicht recht ersichtlich, weshalb das Gesetz selbst die Hand dazu bieten sollte, die Vorschrift, die es dem Eigentümer zur Bestellung einer Eigentümergrundschuld gegeben hat, zu umgehen. Der Eigentümer würde dadurch die Möglichkeit erhalten, durch die „Eintragung einer Hypothek unter falschem Namen seinen Gläubigern gegenüber die Tatsache zu verschleiern, daß er unter dem Scheine der Eintragung einer Hypothek für einen anderen ein hypothekarisches Recht für sich selbst begründet habe".[4]) Es würde also die Entstehung einer Eigentümerhypothek auch beim Fehlen der dinglichen Einigung nur zu unlauteren Zwecken ausgenützt werden, wie es der Fall, der dem Urteil des Reichsgerichts v. 3. 3. 1909 zugrunde liegt, recht deutlich zeigt.[5]) Auch bei Annahme

[3]) Planck Bem. 2 zu § 1163 S. 637.
[4]) Entsch. d. RG. Bd. 70 S. 359/60 und JurW. 1909 S. 218.
[5]) Entsch. d. RG. Bd. 70 S. 353 ff.

der Gegenmeinung bleiben also unbefriedigende und unfolgerichtige Ergebnisse nicht aus.

§ 27.

k) Ergebnis der bisherigen Ausführungen über die Streitfragen und Folgen der Entscheidung.

Fassen wir das Ergebnis unserer Betrachtungen über die Streitfrage zusammen.

Für die Verneinung der Frage sprachen sich bereits die Protokolle aus. Weder aus einer positiven Bestimmung noch aus den allgemeinen Grundsätzen des Gesetzes ließ sich etwas für das Entstehen einer Eigentümerhypothek bei Fehlen der dinglichen Einigung entnehmen. Wesen und rechtliche Natur der Eigentümerhypothek verlangen dagegen die dingliche Einigung. Nicht zu übersehen ist auch die Tatsache, daß in unserem heutigen Recht die Fälle der Eigentümerhypothek immer noch kasuistisch aufgezählt sind.

Diese Methode ergab sich aus der geschichtlichen Entwicklung der Eigentümerhypothek im preußischen Recht bis hin zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Das Dogma vom Aufrücken der Nachhypothekar wurde allmählich aus Billigkeitsgründen eingeschränkt. Von Fall zu Fall dehnte man das Anwendungsgebiet der Eigentümerhypothek aus bis zur Kodifikation im Eigentumserwerbsgesetz.

Die Kommission für die 2. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist auf diesem Wege schließlich nur fortgefahren und hat noch einige neue Fälle hinzugefügt, so daß allerdings jetzt, wie Predari sagt, „ein Aufrücken der Nachhypothekare nahezu ausgeschlossen ist“.[1])

Auch die Redaktionskommission hat jedoch noch keinen neuen allgemeinen Rechtsgedanken für die Eigentümerhypothek aufgestellt.

Diese Tatsache weist uns darauf hin, daß wir uns an die im Gesetz genannten Fälle zu halten haben und nicht darüber hinausgehen dürfen.

Nur das Gesetz nennt die Fälle, in denen eine für den

---

[1]) Predari S. 219 Anm. 16.

Gläubiger nicht entstandene Hypothek dem Eigentümer als Grundschuld verbleiben soll.

Sie verbleibt, weil es das Gesetz so will, nicht weil zugleich etwa die Erfordernisse einer primären Eigentümergrundschuld erfüllt sind.

Bei Verneinung der Frage machen sich allerdings gewisse Unbilligkeiten bemerkbar. Ganz abgesehen davon, daß bei der Annahme der Gegenmeinung ebenfalls Unbilligkeiten zutage treten, kann man deshalb allein nicht gegen den Willen des Gesetzes entscheiden.

Man kann vielleicht mit der gesetzlichen Regelung nicht ganz einverstanden sein, muß aber jedenfalls mit Rücksicht auf die gemachten Erwägungen die Frage dahin entscheiden,

daß bei mangelnder dinglichen Einigung eine Eigentümerhypothek nicht entstehen kann.

Auf dieser Ansicht steht die Mehrzahl der Schriftsteller,[2] und auch die Rechtsprechung[3] hat sich nicht entschlossen, der Aufforderung Dernburgs Folge zu leisten und wenigstens im Wege der Analogie vorzugehen.

Die Hypothekeneintragung ist somit in einem derartigen Falle nichtig. Der Eigentümer kann von dem eingetragenen Gläubiger nur die Einwilligung in die Löschung fordern.[4] Die Nichtigkeit wird allerdings behoben, sobald ein Dritter die Hypothek in gutem Glauben erwirbt.[5]

Willigt etwa der eingetragene Gläubiger aus freien Stücken darin ein, daß die Hypothek für den Eigentümer umgeschrieben werde, so kann man darin vielleicht mit Eccius[6] seine Einwilligung in die Errichtung der Hypothek auf seinen Namen sehen.

---

[2]) vgl. u. a. noch Ahsbahs in Iherings Jahrb. Bd. 50 S. 397; Biermann § 1163 Anm. 6; Hirsch im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 239; Horn S. 73–79; Eck, Vortr. S. 298; Gierke Bd. 2 § 166 Anm. 29; Turnau-Förster § 1163 Bem. 2, 1; Maenner § 70 Anm. 3; Hachenburg, Vortr. S. 510; Beitr. S. 15 ff.; Cosack Bd. 2 S. 218.

[3]) Entsch. d. RG. Bd. 68 S. 101, Bd. 70 S. 353; JurW. 1909 S. 218; Rspr. d. OLG. Bd. 5 S. 9, Bd. 8 S. 142, Bd. 11 S. 114; KGJ. Bd. 27 S. 128.

[4]) Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 45 S. 456; Gierke Bd. 2 § 166 Anm. 29.

[5]) Staudinger 1a zu § 1163, S. 709 (§ 892 BGB.).

[6]) Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 45 S. 456.

Die Hypothek wäre dann rechtsgültig zustande gekommen und der Eigentümer könnte sie als Eigentümerhypothek erwerben.

Ist das nicht der Fall, so rücken die nachfolgenden Hypothekengläubiger notwendigerweise vor. Damit werden sie allerdings in den meisten Fällen einen unberechtigten Vorteil erlangen. Das kann jedoch an unserer Entscheidung nichts ändern. Vielleicht wäre die Annahme des Antrags 2[7]) eine zweckmäßige und manche Unklarheit beseitigende Bestimmung gewesen.

Crome,[8]) der auch das Entstehen eines Eigentümerpfandrechts in unserem Falle ablehnt, will trotzdem die nachfolgenden Hypothekengläubiger nicht aufrücken lassen, indem er aus der übereinstimmenden Annahme der Parteien bei einer späteren Pfandbestellung, daß die von dem nichtigen Pfandrecht eingenommene Stelle besetzt sei, einen Rangvorbehalt im Sinne des § 881 BGB. konstruieren will.

Mit den Protokollen[9]) wird man auch darauf hinweisen müssen, daß der Eigentümer bei der Eintragung einer späteren Hypothek sich das Recht vorbehalten kann, eine andere, dem Umfange nach bestimmte Hypothek mit dem Range vor jener eintragen zu lassen (§ 881 BGB.). Dieser Vorbehalt kann auch, wie bereits erwähnt, an die Bedingung geknüpft werden, daß etwa eine bereits vorher eingetragene Hypothek zur Löschung gelangt.

Aber selbst wenn der Eigentümer diesen Vorbehalt nicht erklärt, so rücken zwar die nachstehenden Hypothekengläubiger ohne weiteres vor, aber sie sind wohl obligatorisch verpflichtet, einer weiteren, vom Eigentümer zu bestellenden Hypothek vom Betrage der gelöschten den Vorrang einzuräumen, da sie sonst mit der besseren Rangstelle auf Kosten des Eigentümers ohne rechtlichen Grund einen Vorteil erlangen würden (§ 812 BGB.).[10])

Wir sehen also, daß auch bei Aufrechterhaltng der Ansicht, daß bei mangelnder dinglicher Einigung eine Eigentümerhypothek

---

[7]) Prot. S. 603.

[8]) Crome § 474, 2c u. Anm. 31.

[9]) Prot. S. 694.

[10]) Turnau-Förster 2, 1 zu § 1163; Biermann 6 zu § 1163; Fuchs S. 523 Vorbem. 7 zu § 1163.

nicht entsteht, die Grundsätze der Billigkeit nicht ganz vernachlässigt werden. Der Eigentümer hat an und für sich die Möglichkeit, ein unbilliges Aufrücken der nachstehenden Hypothekengläubiger zu verhindern. Selbst wenn sie einmal aufrücken, gibt ihm das Gesetz in unbilligen Fällen die Möglichkeit, die Wirkungen des Aufrückens zu beseitigen.

C. Schluß.

§ 28.

Wenn wir nach Erledigung der Streitfrage noch einmal zurückblicken, so können wir nur bedauern, daß das Gesetz selbst sich über das Wesen und die rechtliche Natur der Eigentümerhypothek nicht genauer ausgesprochen hat.

So wie unsere Streitfrage, so läßt sich auch manche andere nur aus dem Wesen und der Natur des Rechtes heraus entscheiden.

Diese Natur ist aber infolge der Stellung des Gesetzes so umstritten wie nur irgend möglich.

Wirtschaftliche und juristische Gedanken werden hierbei wohl vielfach allzuwenig auseinandergehalten. Mit Rücksicht darauf sei an einen Ausspruch von Horn erinnert, der weitgehendste Beachtung verdient.

„Die Frage nach der Zulässigkeit der Eigentümerhypothek de lege ferenda bleibt eine Frage der „wirtschaftlichen", nicht der „juristischen" Erwägung. Was dagegen die einmal sanktionierte Eigentümerhypothek ist, darf freilich nicht mit wirtschaftlichen Phrasen umschrieben, sondern nur zivilrechtlich erörtert werden."[1])

---

[1]) Horn S. 197.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Am 20. Mai 1890 wurde ich, Friedrich Baumert, als Sohn des jetzigen Güterdirektors Karl Baumert und seiner Ehefrau Auguste geb. Kiesel in Pleische (Kr. Breslau) geboren.

Ich bin ev. Konfession und preußischer Staatsangehöriger. Von meinem 6.—9. Lebensjahr erhielt ich Privatunterricht. Von Ostern 1899 an besuchte ich das städt. St. Johannesgymnasium zu Breslau, das ich Michaelis 1908 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Daraufhin widmete ich mich dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten Freiburg i. B., München und Breslau. Am 1. Februar 1912 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 23. Februar die mündliche Doktorprüfung. Vom 20. Februar bis zum 1. Oktober 1912 war ich bei dem Kgl. Amtsgericht zu Landeshut i. Schl. als Referendar beschäftigt.

Seit dem 1. Oktober befinde ich mich in Sprottau, wo ich meiner Dienstpflicht bei dem Feldartillerieregiment v. Podbielski (1. Niederschles.) Nr. 5 genüge.